31
c

BIBLIOTECA NAZ. VITT. EMANUELE
3 A
9

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

MARCI
A
LYCLAMA
IN NYEHOLT,
Præfecti & nobilis Stellinguervij, Friſij, I. C.

BENEDICTORVM
LIBRI IV.

Aduerſus Male-dicta & Errores, cum Pragmaticorum, tum aliorum variorum, circa actiones ex delicto merè pœnales, mixtas, merè rei perſecutorias, perpetuas, annales, ad, & aduerſus heredes quatenus tranſitorias, vel non tranſitorias, aliaque varia, opus varium & nouum.

BIBL. SEC. COLL. ROM. SOC. IESV
BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE



LVGDVNI BATAVORVM,
Ex officinâ ELZEVIRIANA. An. 1617.

Sereniſſimo & Potententiſſimo Principi, ac Domino

D. FRIDERICO V.

Comiti Palatino ad Rhenum, S. Rom. Imperij Archidapifero, & ELECTORI, Duci Bavariæ.

MARCVS à LYCLAMA P. F.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

ÆTA *mente, quis ego, qui ad affatus tuos adſpirare non dubito,* Sereniſſime Elector. *Venio eò imbecilla fronte; ſed tamen audeo: & felix mihi ſermo ſit iſte, quo adeo. Quanquam in quo infelix? Rem novam inſolitamve ceu novus muſteuſve aliquis haud aggredior. Quæ moris hac in re ſunt, peræque ac quæ*

iuris, generoſè cuſtodio. Proinde hoſce Benedictorum libros cum, ad ocium hîc converſis rebus, conſcripſiſſem non ita nuperè; decretumque poſtea apud me jam eſſet, lucem adſpicerent, antequam hiſce Provincijs redeundum fortè ad negotia, ſive priſtina, ſive alia; induxit nos non malus Mos, ut deligeretur Princeps aliquis, cui de more ea conſecratum iremus. Inter Principes autem citra deliberationem occurriſti ante omnes facile primus, cujus ſerenitas illuſtriſſima, *ita ducente vel genio aliquo vel adfectu bono, frontiſpicium hujus operis ſummopere judicaretur illuſtratura. Sane enim nec adhuc video, quemadmodum aliter à me debuiſſet fieri, vel potuiſſet meliùs. Quippe patrocinium favoremve magnum hac in re ſi ſpecto,* maximus es, & Gener ter maximi

Regis. *Fiduciâ quâdam quòd ſi ducor, gratum acceptumque fore hoc munus, ubi Princeps, qui confœderatarum harum Provinciarum Ordinibus amicior? Et ego inter eos, ſcio, vidique, cum tranſires pro amore Auguſtæ tuæ per haſce terras, & malum iſtud mare ad longè diſſitos, quia,* toto diviſos orbe Britannos. *Hei mihi qualis eras in iſta tua ætate & felicitate. Nondum mutatus, ſed auctus audis, & ut annis, ita virtutibus Illuſtriſſimus Illuſtriſſimis. Felices populi, quos regis* feliciſſime Princeps. *Dures modò, & regnare Deus dabit in pace. Quid ergo, Sagmina pacis ſunt hæ vigiliæ: eas dedicare placuit Principi pacis. Deinde fructus ſunt ejus ſcientiæ, cujus cunabula cumulavit in me quondam inclyta iſta Heidelberga, quam ab alto inſides.*

Venerari autem debui Principem Electoralis iſtius ſedis; utilis verò hujus laboris beneficio fieri eis, qui docent & diſcunt in Archipalatina iſta Muſarum ſede. Finem aut ſcopum alium non habeo; Habes Illuſtriſſime Principum *allocutionē brevem, & in ea meum adfectum. Caleo autem curis publicis, quas non expono, ne tuâ abutar clementia. Fiat: & hic terminus hæreat; ſemper vigilare, & publicas curare curas, ſive proprias, ſive communes, ſemper duraturas; an immeritò?* Nunquam ſecurus eſt amor patriæ, & quamvis magna remedia conquirat, ſemper illud putat imminere, quod timet. *In natura* rerum omnia certa ſunt, cum futura utique fient, ſed noſtra inſcientia adſpici debet. *Inſcientia, quæ humana*

Symmach.

Paul. in l.28. in fin. de judic.

mana eſt. Solus ſciens eſt, qui ſolus bonus eſt, & ſcit Principum, Provinciarumque bonum, bonus & ſolus Deus. *Bene Vale* Sereniſſime Elector, *Regiæque conjugi, ſoboli Illuſtriſſimæ, Provincijs item tàm tuis, quàm cum tua Celſitudine confœderatis, felix & longævus vive. dat. Hagæ-Comitis* 4. id. Septembr. 1617.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Ad Lectorem.

DE Benedictis prudentum, & interpretum juris alibi aliquid promiſimus, Benivole Lector. Non eſt hic iſte labor, quem damus. Fuit olim inter Iuris noſtri conditores Aulus Caſcelius, cujus ſcripta ſuo tempore non extitiſſe teſtis eſt Pomponius, niſi unum librum Benedictorum *l.2.* §.45. *de origin. jur.* Hujus inſcriptionis ſplendorem ab eo mutuari nunc lubuit, duplice fine. Primùm nullius adhuc occupatione quòd eum meminerim uſurpatum. Deinde meo inſtituto quoniam conveniret plurimũ. Inſtitutum (nam & hoc deinceps quærere vidêris) quod natum mihi fuit ex ſingulari cauſa. Siquidem reprehenſus cum eſſem à viro magno in *Chiliade iſta*, quam noſti, eique ob officium ſtudiorumque conjunctionem Apologia pro me à me deberetur, quæ bene dixeram defendere & firmare poſtea decretum fuit. Hinc *Benedictorum* hi prodiere libri adverſus maledicta non

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

contemnendi hac ętate authoris. Atque hoc, ſi placet, primore hoc loco notabis, ne nudas meraſque reprehenſiones in ijs tractari, aut convitia convitijs, injurias injurijs penſari exiſtimes. In vitio ponuntur iſthæc vitia, à quibus procul eſſe debent homines noſtri Ordinis. Male-dicta ſunt nobis ea, quæ bene non dicta. Benedicere amamus: maledícere recuſamus. Quidenim? luxuriantes authoris iſtius racemos ceu ulmi ſuſtinuimus hactenus, palmâ in medio relictâ, quaſi ſubmiſſis faſcibus, eum venerati ſumus, ubivis laudavimus, inclementius nuſpiam reprehendimus, amorem denique noſtrum nunquam mutavimus, ſicuti nec adhucdum mutamus. Ecquid erit præmi? non premi. Validior virtus nos agit: laceſſitoſque Ἰουστινιάνος ἄναξ, *& avunculus excitat Hector*. Bellum, inquies, non bellum. Abominor: non arma, virum amo, contra quem me armo.

Licet

Licet exercere togatæ
Munera militiæ, licet & ſine ſanguinis hauſtu
Mitia legitimo ſub judice bella movere.
Hinc quoque ſervati contingit gloria civis:
Altaque victrices intexunt limina palmæ.

Prudenter & verè noſtri an non Prudentes? *Naturalis*, inquiunt *eſt ad diſſentiendum hominum facilitas l.* 17. §. 6. *de Recept. Qui arb.* Diſſentimus duntaxat, & definimus omnia ſecundum litem. Proprietas, ſive culpa, quæ horum temporum non propria, ſed & quæ ſic fuit ab initio. an quòd litiget univerſi natura? aut etiam quòd lite conſerventur regna, rerumque dominia, poſſeſſiones & res quęlibet, quæ in patrimonio noſtro ſint, vel extra. Quicquid ſit, diſſentiens aliquod jurgiũ exercuere Iuriſprudentes ab omni ævo. Notæ ſunt partes, quas fecere Capito & Labeo, fovêre deinceps Sabiniani Proculiani & Caſſiani. Diſcipuli quas tandem auxêre contra præceptores, ut patet ex notis Marciani ad Papinianum non tam interpretationis, quam reprehenſionis gra-

nis gratia conſcriptis, ſi credimus Franc. Raguello *ad l. 1. C. de vet. jur. enucl.* Res nota eſt, *vid. Catalog. apud Tyraquell.* eademque, ſi ad ævum reſpicimus hoc nuperum. Barbaries neque ſuis caruit ſectis: ſuas habuit puræ iſta juriſprudentiæ puritas. Eguinarijs Goveani & Duareni, Ferrettis & Balduinis cedere Contij & alij recuſarunt. Cum Cuiacijs jurgium exercuere Donelli, Hotomani, Roberti, Hortenſij. Floret tamen etiam num Magnus ille Iacobus Cuiacius. Non tulit hoc & hodie, magna juriſperitorum manus. Eminet ecce ante omnes vir Ampliſſimus eruditiſſimus & diligentiſſimus in *Sabaudia.* Cui quàm dulce & honorificum, ſi diſſentire toleretur à Cuiacio, Goveano, Duareno, Viglio, Hotmano, Donello, Briſſonio, Molynæo, Conano, ceteriſque illis noſtræ ſcientiæ magnis Dïs. Non reprehendo: ferat modò, ut & nobis alijſque eadem libertate liceat diſſentire ab ipſo. purgare mihi ſe videtur; non

divor-

divortium fieri à Cuiacio, quin honorificè ejus opinione deſertâ diſſentiat, per me licet, ut addat, & magnificè: modò idem tolerare non neget in nobis alijſque (quibus dulce, nec minus honorificum ad laudem eandem ceu trophæa quædam Miltiadis adſpirare) cum honoris præfatione illum capientibus, ceu felicem ſereniſſimi ſui Principis Tribonianum, aut magnum aliquem noſtri ordinis Cuiacium, ſed ſuo ordine, ſuâ talionis lege ſimiliter paſſivum. Sententia, ut mihi videtur, quæ ſummam habet æquitatem, & ſine ejus indignatione juſta. Ad quid enim adſpernaretur idem jus ſibi dici, quod ipſe alijs dixit vel dici effecit? Iuriſprudentiæ publica profeſſio eſt, quâ ſummopere, refert, quo modo quiſque utatur. Itaque licuit ſemper, ſemperque lubebit, interpretibus male interpretantibus contradicere: modò abſit ſuperbia, omniſque adſperitas. Vnde & mihi cautio in hiſce libris fuit, ne aſperius loque-

loquerer, quàm contra me factum. Honorificè paſſim diſſentio; cum minùs; *Adverſarij* nomine eum dignor. Sed & hoc honorificum. Nam, ut Seneca ait: *facit ſe Adverſarium, quiſquis contendit, & ut vincat, par fuit.* Adverſarium vir Ampliſſimus ſe mihi talem fecit. Quid tum? non nego, nominari illum a me, nõ nominatus, ſed deſignatus, ſi non demonſtratus. Quæ culpa? Liberum hoc unicuique officium ſecundum exempla eorum, qui idem fecêre, & non fecêre. Goveani, Duareni, Fabri (non ut me eis adæquem) alijque innumeri mihi præivêre. Alij, contrarium facientes, per me licet, ut æmulentur. Modò nemini os batuant. Bonus bonis eſſe poſſum: moroſus contra moroſum. Quòd ſi patior, aut injuſtè & verba aſpera patior: aut juſtè: aut à perito iterum, aut imperito. Si injuſtè? an inultus jacebo ut puer? Iuſtè vulneratus ſine ira ſanguinem meum ſpectabo. Quid ſum? homo, id eſt, labi facilis. peritus ſi me petit juſtè? juſtus

juſtus ſum, ſi feram docentem juſta. Imperitus petit? æquo animo ejus convicia audiam. Siquidem ad honeſta vadenti cōtemnendus iſte contemptus. Atat prȩvideo fore, qui ſuſpicabuntur, viſis hiſce libris: pro Pragmaticis me ſtare, eorumque errores, non eſſe errores, oſtendere. Audi me lector. Titulus & nomen in *Chiliade iſta* eſt de Pragmaticis, ſed nomen; res ipſa de Prudentibus ipſis, de Iuſtiniano, de Triboniano, denique de Iureconſultis nuperi & hujus ſeculi, ut vapulent. Quid ergo? quoties occaſione ferente veritas opem expoſtulavit, legiſlatorem noſtrum, & prudentes alioſq;, maiorum Gentium interpretes, ſi qui benè dixerunt, dene dixiſſe oſtendendum fuit. Quis culpet? De Pragmaticis autem illis omnino ſilui; ac quidem adeo: ne ſuſpicio alicui ſuboriretur, quaſi arma pro ijs ſumpſiſſem, ut contra eos me eſſe, in frontiſpicio horum librorũ ſignificandum duxerim. Pragmaticos vir Ampliſſimus diſtinguere

videtur

videtur ab interpretibus juris *vid. tit. de error. Pragmat. in Chiliad.* ac rectè. Sed illos obſecro quâ ordinis prærogativa præponit? Si ideò, quòd frequentiùs errent, quàm interpretes juris: verè magis, quàm rectè, aut tenebras eodem intuitu an præponeremus luci? Sin, ac ſi juriſperiti exiſtant Pragmaticorum miniſtri: malo mehercule more id fieret, etſi vetere. Quod & Cicero graviter judicavit ſub perſona Antonij hiſce verbis. *Græci*, inquit, *diſertiſſimi, miniſtros habēt in cauſis juriſperitos, cum ipſi ſint imperitiſſimi, & qui, ut abs te paulò ante dictum eſt, Pragmatici vocantur. In quo noſtri omnino meliùs, quòd clariſſimorum hominum authoritate leges & jura lecta eſſe voluerunt.* Vnde & melius noſtri prudentes Pragmaticis ſemper antepoſuere juriſperitos *l.* 9. §. 4. *de Pœn.* & rectè. Pragmatici vicem procuratorum ſuſtinent: multo rerum uſu periti & ſolertes vulgò ſunt, ſed quaſi Advocatorum poſtici, dicendorumque ſuggeſtores. Quintil. 3.

& 12.

& 12. *Inſt. vid.* Cuiac. 10. *obſ.* 34. Gothofr. *ad d. l.* 3. §. 4. *de pæn.* aliquando exleges, & auritæ belluæ, Cicero *de Orat. Cavendi,* inquit, *formam ſibi præripiunt atro circulo notati, exleges & auritæ belluæ. Sibi igitur proſpiciunt, qui reſponſa conquirunt.* Quò & reſpexiſſe videtur juvenalis *Satyr.* 7. *Si contigit aureus unus: inde cadunt partes in fœdera Pragmaticornm.* Sed quò vagor? ratio jam conſtat, quare pro Pragmaticis decertare detrectem. Quamvis & contra eos arma ut dixi, nulla ſumpſerim. Monebar, quòd pro magno id nunquam habuerim, addeoq; excelſius quid ſemper requæſierim in juriſperito, quàm ut errores notaret eorum, qui non ſunt juriſperiti. Aut ecquæ victoria viciſſe errare ſcientes, repugnare neſcientes? Deſino, & hîc procemium habes amice Lector, ex quo diſcere mentem meam potuiſſe te ſicuti nullus dubito, ita diffuſiùs inopere ipſo diſcurrentem me ſi audire non dedignaberis, plus fore confido: in quo

adſentiri velis, ſi ſtudia hæc intelligis: aut adjuvari poſſis, ſi diſcere ea eo ſtudio ſuſtinueris, quo deprehendes reprehendi eos, qui ſtudium noſtrum reprehendêre. Vale, ama & ſuſtine.

IAMBVS

IAMBVS
In Libros
BENEDICTORVM
Viri Nobiliſs. Ampliſs.
MARCI LYCLAMA
à Nyeholt in Concilio Ordinum Fæderatarum Provinciarum delegato &c.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

QVam cæca fallit plebis norma judicis,
Noverca noſtri temporis.
Et æſtimatrix degener præſentium
Quam plena præjudicio
Antiqua noſtris anteferre ſuſtinet?
Et obſoleta nuperis?
Effœta longis ceu tot ævitatibus
Natura ſenſim cederet,
Et laſſa abortum poſteris excluderet
Maſſumq; ſæculo rudem.
Maſtyx parentis, invidendum ſæculum
Cur ceu ſeneſcens increpas?
Quô tot labores, totq; dignos noctubus
Vſura lucis mancipat.
Stupet natura digna tot inſomnijs
Et tot lubens volumina,

Exautoratâ veſte donat poſteris
Et mutuatur ſæculo.
Vidit parentum, vidit ætas poſterum
Suppar vetuſtæ gloriæ,
Tuos labores ô Togatæ Galliæ,
Noſtriq́ lumen ordinis
Cuiaci magne, juris antiqui Pater
Graiæ penus ſcientiæ.
Tuasq́ nocteis Lycklama curas tuas,
Curas tot inter publicas,
Membrana vivax quas redonat ſæculo
Ceris Nerati æmula.
Curas in ipſis editas negocijs
Quæ multa debes patriæ.
Dumq́ illa tractas pars Senatus maxumi
Qui fœderatos terminat,
Totum petenti devoves te patriæ
Totumq́ donas litteris.
At tu parentis æmulus Curis labor
Sudate centum noctubus,
Perunctе cedro, liber ætatem feres
Famæq́ nomen inſeres.

HECTOR BOVRICIVS.

CAR-

CARMEN HEROICVM

In

BENEDICTORVM LIBROS

Nobiliſſ. Viri

D. MARCI LYCLAMA

à Nyeholt I.C. Clariſſ. Inter Illuſtres confœderatarum Belgÿ Provinciarum Ordines Generales Deputati, Stellingvervia Orientalis Præfecti, & Academiæ Friſior. Franecaranæ Curatoris digniſſ.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA ... VITTORIO EMAN.

QVAS grates Aſtræa feres, quæ præmia digna
Authore hoc: Proceres inter ſpectabilis Hagæ
Dum ſua depromit ſacrarum oracula legum.
Publica Maieſtas non illum à tramite Iuris
Abſtrahit: adfectus ſacer eſt, quo faſcibus olim
Rellictis voluit vir tantus jura docere.
Eloquij latialis opes, & mentis acumen.
Auditor quondam teſtor; ſine teſte loquuntur
Teſtes Membranæ legum, quas protulit Orbi.
Facta ſacerdotem faciunt: examina poſcunt
Nominis excelſi Authorem, qui tractat habenas

Imperij; tuta hoc clypeo, reſponſa beata
Iudicio firmata tuo: Nam Conſulis alta
Maieſtate valent, quid enim dictamina pollent,
Si non Prætor ait? Themidos gaudete miniſtri
Hoc opere inſigni, quo Dîa Aſtræa coruſcum
E tenebris caput extollit munita Regentum
Præſide ſupremo. Solitos dum aſſurgis in auſus
Salue Magne Pater; non fallet ſerior ætas:
TV MARCELLVS ERIS: Quidenim Te, fama ſuperſtes,
Lycklamicæ Sublime decus, gentiſue propago
Illuſtris, memorabit Ouans in Sæcula, in Ortus,
Poſtremos, & in aſtra feret. Clareſcere laude
Æterna, virtutis erit pulcherrima Merces.

Scribebat

HENRICVS RHALA,
IC. Friſius.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMAN.

Emen-

Fol.1.lin.13. deinceps.f.3.l.9.plenius.f.6.l. iudicabam. f.10.l.6.in ius.f.11.l.à poſt.7.poſſidet ſiue poſſidet.f.14.l.6. cenſeri.f.15.l.23.noluit.f.20.l.6.relinquere f.21.l.17.ſuppl. neq; magis poſſeſſio.f.27.à poſt.l.4.quod f.40.l.20. iudicari.f. 49. à poſt. l.4. ceſſaret. f. 59.l.5. actionibus.f.68.l.à poſt.4.Iauolenus f.75.l.17.perſecutoria.l.21.perſecutoriæ. f.76.l.à poſt.9. vtut talis f.84.à poſt.l.10. naſcūtur.f.87.l. 7.præcedere. f.96.à poſt.l.11.rei perſecutoriæ.f.97.l.10.ſuperædificent.f.98.l.9. annuum. f.107.l.3.prohiberentur.f. 110.à poſt.l.5. diſſeruimus.f.112.à poſt.l.6.refragāte.f.122. l.11.à Gothofr.f.123.à poſt.l.4. moreretur.f.139.l.14.publicæ.f.153.à poſt.l.2.potiori.f.158.l.18.pro 139.leg.93.f.161 l.16.pretium.f.164.à poſt.l.9.eius f.165.l.1.operatur.f.167 l.10.libro ſequenti.f.183. à poſt.l.11. ſupp.hoc eſt, pœna pœnalis ſimpli. f.184.l.1. ſuppl.eo caſu eſt annalis.l.3.pro eſt, leg.ex f.6. à poſt.l.6.fateor porro. f.189.l.9.dati.f. 190.l.7. Quinimo eſſe.f.191.l.10.perierit.f.192.l.13.liberari, (alioquin.f.193.l.12.hereditarijs.f. 199.l.16. eum quoq;.f.200. l. 7.ei, cui.f.201.à poſt.l.11.ſuppl.Tributi qualitate & nomine,quo qualitas & nomen.f.207.l.4.reſpectu.f.211.l.1. perhibetur.f.122.l.8. del.non.f.217. à poſt. l. 1.ne quidem. f.218.l.11.dominium.f.219.l.13.pro item illa Leg. aut prætoria.Tum vtraq; illa.l.14.del.prodita fuiſſet.l.15. pro heredes,leg.heres.l.18.cōceſſerat.f.222.l.14.Dominus.f.224. à poſt. l.6.explicatis.l.27.& f.231. à poſt.l.4.profectò hæc. l.7.prohibeatur.l.9.dele ſui. l.25. ab heredibus.f.234.l.6. poſt deſinerem inſere,ſi aduerſarius rationi iuris aduerſari deſineret.f.235.l.3.fieri.f.240.l.8.Fridero de.l.9.in princ. num.11. f.241. à poſter.l.5. pro adducendus, leg. omittendus.f.243.l.5. lectione. l.15. heredem. f.244. à poſt. l.3. proſcripta

proſcripta eſſe, leg. ſcribi. f. 245. à poſt. l. 10. declaraui. l. 11. & 13. Actionem. f. 247. l. 2. dele vt. l. 4. à poſt. leg. introductum. f. 248. l. 15. ita. f. 249. l. 12. heres, ibid. à poſter. l. 6. feruntur. l. 7. ſilentium. f. 250. l. 2. barbaræ. l. 4. germana. l. 5. vteremur. l. 20. æquè. f. 251. lin. 16. ad ſe non pertineat. f. 256. l. 12. pro quæ leg. quam. f. 257. à poſt. l. 1. pœnæve. f. 268. à poſt. l. 7. Sic. f. 276. l. 2. perſecutoriæ. f. 285. à poſter. l. 14. eluderetur. f. 288. l. 13 dele non. f. 295. l. 15. intra annum. f. 301. à poſt. l. 5. elidatur. f. 302. malè. f. 305. à poſt. lin. 16. pro non, repone ne. f. 318. l. 3. competentiam. l. 6. refelleretur. l. 320. l. 1. poſt interdicto ſuppl. vbi annus. f. 321. à poſt. l. 1. lege d. loc. Pauli. f. 322. l. 2. vti. f. 324. l. 17. obſtare. f. 325. à poſt. l. exceptionem præſupponere competentem. f. 331. l. 9. delegat. l. 12. pro Gallo, leg. Celſo negante. l. 15. Gallo adſerente. f. 348. lin. 17. factam. f. 352. l. 8. contractum crimen. f. 359. à poſt. l. 1. Doctrina, quam. f. 372. à poſt. l. 1. Sic. f. 410. l. 3. plerunq;. l. 5. puniendam. f. 423. l. 9. ſtipulatio interceſſerit. f. 426. l. 4. domina. f. 597. l. 11. Loriotus. f. 607. à poſter. l. 4. quædam ex non iuſta cauſa. f. 608. l. 4. cum certum petitur, condictiones certi, cum incertum f. 615. quæ res mariti amouit iubeatur ob delictum defunctæ, cuius non ſit ipſe conſcius, plus res, de re quàm ad eum peruenerit. vid. infr. c. vlt. exceptis condictionibus in quibus ſolum damnum attendatur, quod actor paſſus, non verò delictum. Hæc extant 92. decad. err. 8. nec magis ſatisfaciunt, quàm ſuperiora. vid. infr. c. vlt. Quid enim. &c. Item fol. 362. quod in popularibus inauditum.

Reliqua cuiuſque fauor intelliget, addet, corriget, vel tollet.

BENEDICTORVM.

LIBER PRIMVS

Capvt Primvm.

Proloquium, de actionibus ex contractu vel quaſi, ex delicto item vel quaſi, quatenus adverſus heredes competant.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

BEne dixit Seneca: *non poſſe Athletam magnos ſpiritus ad certamen adferre, qui nunquam ſugillatus eſt.* Sugillatus ſum: exſurgam igitur, ac animatus probè, reprehenſoribus meis obviam ibo: ne tutò doceri poſſe deniceps ſtatuant, condictionem furtivam adverſus heredem furis in ſolidum dari, citra diſtinctionem ullam, ex delicto, utrum ex alia cauſa hæc actio proficiſcatur. Qua ab re tamen tota hujus quæſtionis deciſio dependet, ſi ad regulam contueamur, non electa exceptione. In Fabrica, ut cum Lucretio loquar,

Si prava eſt regula prima,
Omnia mendosè fieri, atque obſtipa neceſſe eſt.

Regula eſt; actiones ex contractu vel quaſi, etiam dolo interveniente, *l. 12. l. 49. de obl. & Act. l. 152. §. 3. de Reg. jur. l. 7. §. 1 D. depoſ. l. 121. §. fin. de v. obl. l. 157. §. fin. de Reg. jur. l. 2. C. de magi-*

ſtrat. conu. l. 1. *C. de hered. tut.* multò magis abſque eo, ad heredes actiuè & paſſiue in ſolidum tranſire, *l.* 1. *&* 2. *C. ſi. un. ex plur. hered. l.* 143. *l.* 149. *l.* 128. §. 1. *de Reg. jur.* §. 2. *in fin. inſt. de poen. tē. lit. l. Curatoris. C. negot. geſt. l.* 1. *C. ſi cert. pet. l.* 1. *l. pro hereditariis. C. de hered. act. l.* 1. §. *ſi heres percepto ad Sc. Treb. l.* 2. §. *ex his de v. obl. l.* 9. §. 12. *D. de hered. Inſt. l.* 62. *l.* 177. *de Reg. jur. l.* 37. *de Acq. her. l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *de bon. poſſ. l.* 11. *C. de Acq. vel. ret. poſſ. l. ſi ego.* §. 2. *D. de publician. l. cum heredes. D. de diverſ. & temp. præſc. l.* 60. *l.* 138. *de Reg. jur. l. veteris. C. de contrah. ſtip. l. pactum. D. de probat. Nonuell.* 48. *de Iureiur. a. mor. præſt. circ. med.* Donell. 16. *comm.* 8. Petr. Fab. Hipp. a collib. phil. Mathæ. *ad l.* 38. *de Reg. jur.* Franc. Caldas 4. *part. relect. ad l. unic. C. ex del. det. ibid.* Odofred. Angel. Salycet. Fulgoſ. & omnes *Dd.* Vaſq. 3. *illuſtr. quæſt.* 96. *num.* 27. Duaren. *ad tit. C. de hered. act. ad tit. de obl. & act. c.* 8. Ioh. Godæ. *de contrah. & com. ſtip. c.* 11. *concl.* 11. Hubert. Giphan. *ad l. ult. C. Rer. Am.* Donell. *ad l. unic. C. ex del. def.* Iul. pac. 7. *enant.* 99. Theod. marcil. Veſembec. hortenſ. Borcholt *ad* §. *aliquando Inſt. de perp. & temp. act.* Chriſtoph. Sturc. *ad l.* 44. *de Reg. jur.* paul. Buſ. 4. *ſubtil. jur.* 8. Schneiduin. *ad* §. *omnium Inſt. de Act.* Conrad. Lag. 4. *part. meth. c.* 2. Andr. Clud. *ad tit. de cond. ob turp. cauſ. c.* 3. *num.* 64. Condictio furtiua non quidem eſt actio ex contractu. Interea quid ſi ex quaſi contractu cenſeretur, aut jure quodam proprio ex cauſa naturam quaſi contractus

tractus habente? poſtremum hoc qui dicunt, & eapropter condictionem furtiuam aduerſus heredem in ſolidum dari, bene dicunt, neque cum iis mihi lis vnquam fuit, nedum erit pugna. Sed enim in actionibus ex delicto vel quaſi eadem cum regula non ſit. dixi iterum bene: aliud reſpondendum eſſe. Sententia: cujus rationem reddere necdum grauabor pleniuſ. Primum eſt certiſſima juris regula, niſi lite prius cum defuncto conteſtata, *l.* 33. *de obl. & Act.* ex maleficiis merè pœnales actiones in heredem Rei prorſus non competere, etiam, etſi aliquid ad eum peruenerit, §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act. l.* 1. *de priu del. l.* 11. §. 1. *de Reg. jur. l.* 3. *de vi & vi arm. l.* 15. *C. de furt. l.* 13. *l.* 15. §. 14. *D. de Injur. l. ult. de pop. act. l.* 24. *de inius voc. l.* 3. *de. ſepulch. viol. l. ſi verò* §. *hæc autem. D. de his qui effud. vel dejec. l.* 2. *in fin. D. vi bon. rapt. l.* 33. *de obl. & Act. l.* 9. *&* 10. *de Tut. & rat. diſtrah. l.* 16. *D. de Iudic.* §. *fin. Inſt. de oblig. ex quaſi malefic. l.* 16. *D. de publ. jud. l.* 7. §. *ult. D. Naut. Caupon. l. ult Si quis juſdic. obt. l.* 21. *de. liberal. cauſ. l.* 3. §. *pen. D. Si menſ. falſ. mod. dix. l. ult.* §. 13. *D. de publican. l.* 29. *de jur. fiſc.* Altera regula eſt: in actionibus ex delicto vel quaſi, tã miſtis, quã merè rei perſecutoriis, ante litis conteſtationem eo, qui aliquid deliquit, defuncto, ſucceſſores ejus, ne alieno ex ſcelere ditentur, in quantum ad eos peruenit, conueniri poſſe, non in ſolidum, *l. unic. C. ex del. def. l. defuncto l.* 3. *D. de publ.*

*iud.l.15.§.ſi propter. Ad SC.Turpil.l.4.in fin.l.7. D.de Alienal. iudic.mut.l.14.§.5.l.16.§.fin. Quod met.cauſ.l.5. de calumn.l.17.§.1.l.26.l.29.l.28. de dol.mal.l.1.§ fin.l.3.in princ.& §.fin.l.9.de.vi & vi arm.l.35.de obl.& Act.l.38.de Reg.iur.l.4.De publican.& vect.l.8.§.ult. de precar.l.fin.C.Rer. Amot.l.9.in fin.l.10.de Reb.auth.iud.p oſſ.l.12. Si quis omiſſ.cauſ.teſt.l.3.§.12.l.30.§.ult. de pecul.l. 2.C.unde vi l.3.§.fin.D.Rer.Amot.l.44.de Reg.iur. l.7,§.ult.l.8.de Tribut. act.l.127.de Reg. iur.l.7.§. 1.D.depoſ.l.13.de edend.l.23.§.8. Ad.l. Aquil. l.12. in fin.ad exhib.l.14.l.12.d.ad.l. Cornel.de falſ.l.20 in fin.de Accuſat. l.1.§.6.l.2.l.3.§.1.d. de eo per quē fact.l.58.de obl.& Act. l.38. de Reg. iur. l.20.§.8.l. 22. de noui op. nunt. l. ſemper §. hoc interdicto. Quod vi aut clam.l.4.§.2.de incend.ruin.*Synopſ. Baſil.24.*tit.7.c.7.* §.1. Ant. Gomeſ.3.*variar. reſ.1.num.*85. Hartman. piſtor. *tom.1. quæſt.27.* Renat. Choppin.3.*de privil. Ruſt. part.2.c.1.* donell.16.*Comm.*8.petr. Fab. hipp.a. collib. dec. & Cagnol.*ad.l.38.l.157.§.ult. de Reg.iur.* Cujac.7.*obſ.*37.Vultei.2.*Iuriſpr.6.nu.*9. Bartol. *in.l.1.num.6.d.de privat. delict.* Fulgoſ. *ad.l.unic. C.ex delict.def.*Timæ.Faber.*ad tit.Inſt.de perp.& temp. act.* Arnold. ab Haerſolte *in adverſar. act. 6.num.*15.Nicola. vigeli.5.*par.method.libr.15.c.5.* Schneiduin.*ad.*§.1. *Inſt. de Act.* Iul. Clar. *quæſt. Si verſic.ulterin.*Ioh. Sochard.*ad l. unic.C.ex del. defunct.* Bronchorſt 4.*adſert.36.* Philip. Hoenon. *diſput.6. ad l.38. de Reg. iur.* petr. Barboſ.

ad l. 15. *num.* 105. *de Iudic.* Franc. de Caldas 3.*part.relect. ad l.unic.* C. *Ex del. def. num.*1.11.28. Coraſ. *ad:l.naturaliter* §.*nihil commune poſt pra-lud. num.* 117. *de Acq. vel am.poſſ.* Menoch. *de Recup. poſſ. rem.* 1. *num.* 157. Vaſq.3. *illuſtr.* .*c.*96. *num.* 20. Paul. Buſ. 4.*ſubtil.* 8. phanunc. *de invent. hered. part.* 7. *num.* 70. proſp. Farinac. 1. *quaſt.crim.tit.de inquiſit.quaſt.*10.*num.*50.*&*.64. Ioan. Fab. *in* §. *non autem inſt. de publ.jud.* Ant. Fab.*in cod. Fabrian.lib.*4.*tit.*12.*defin.*2.*in fin.* Cacheran. *deciſ.* 149. Covarru.3. *var. reſ.*3. *num.*2. Andr. Fachinæ.9.*controverſ.jur.*5.Ioach.Mynſig. 5. *obſ.*78. Schneiduin. *ad* §. *omnium inſt. de Act.* Vtramque hanc regulam ad hucdum exiſtimo non ſolum, ſed aperto jure, neceſſariaque ratione ſubnixam, & ab omni ævo receptam eſſe obſeruaueram. Accidit poſtea unum vt viderem Antonium Fabrum, qui actiones merè pœnales etiam de eo, quod ad heredem peruenerit, competere: deinde actiones ex delicto merè rei perſecutorias, & ſic quoque condictionem furtivam adverſus heredem in ſolidum dari opinaretur, 4. *Conject.* 1. Doctrina, vtrique regulæ jam ſupra poſitæ quæ repugnaret. Mihi regula erat: ex maleficiis merè pœnales actiones in heredem Rei prorſus non competere. Hic docebat hujuſcemodi actiones de eo, quod ad heredem pervenerit, competere. Ego, quod auctoritate legum, & auctorum tantâ copiâ jam

hic comprobaui, indicabam actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredem Rei non competere, niſi de eo, quod ad eum peruenerit. Ille verò inuerſa hac regula, tales actiones in ſolidum aduerſus heredes dari volebat, hoc eſt, etiam ſi nihil ad eos ex delicto perueniſſet, ſecutus in eo, vt poſtea comperi, Duarenum *ad tit. de privat. del. c.* 1. Couarruuiam 3. *variar. reſol.* 3. *num.* 7. Carol. Molynæum *in add. ad Decium l. pupillum* 112. §. *in heredes de Reg. jur.* Donellum *ad l. unic. C. ex del. defunct.* Fateor, argumentum hinc ſumpſeram, 1. *Membran.* 18. præter alia, quæ naturaliter diſputatio unaquæque ſuppeditare ſolet *arg. l.* 2. *§.* 5. *D. de O reg. jur.* quo hæc & alia quædam ejus generis dogmata improbarem. Ac quidem modeſtè, ſine morſu & vix nominato aduerſario tractata iſta Ecloga. Tantum abeſt, vt lædi hac in materia meruerim ab eo, qui non læſus, ab eo, inquam, qui auctoritatem dignitatis ſuæ ingenio ſuo augere debuerat, non excandeſcere, *fac. l.* 19. *D. de offic. præſ.* Quamuis dum iſta conqueror, non turbor. Altioris indolis ſum, quàm vt non pro eo, quod verum & rectum eſt, quiduis ferre didicerim, nedum contemnere ut nequeam pari contemptu iſtum contemptum. Iuſtius indignor, plenis paginis repeti eoſdem errores, ac etiam num defendi: nimirum actiones ex maleficio merè pœnales contra heredes

dari

dari de eo, quod ad eos peruenit, *vid.78.decad. err.2.* Item omnes actiones ex delicto merè rei perſecutorias, & ſic quoque condictionem furtiuam aduerſus heredem in ſolidum competere, *vid.D.78.decad. err.1.* Contrà quid ni inſurgere velim, & reſpondere debeam pro honore & amore Iuriſprudentiæ tuendæ, quo trahor, pro ingenii fiducia, qua eam tracto hactenus, proqualitate denique meæ perſonæ, cui bene merendi dicendiq; liberè ſtudium liberum eſſe debet liber ſtilus. Aut;

Quos ego: ſed præſtat motos componere fluctus.

CAP. II.

Non ſolum ex contractu vel quaſi, delicto item vel quaſi, ſed etiam proprio quodam jure ex variis cauſarum figuris obligationes naſci, veluti *in condictione furtiua & rei vindicatione.*

OBligationes aut ex contractu naſcuntur, aut ex maleficio, aut proprio (hoc eſt, à contractus vel maleficii cauſa longius ſeparato *fac. §.5. Inſt. de vſ. & hab. l.32. de mort. cauſ.don.l.19.D.præſcr.verb.l.195.§.2.de.v.S.l.19. in fin.de pet. hered. l.pen.D.de cap. minut.*) quodã jure, ex variis cauſarum figuris *l.1.de obl.& Act.* iiſque non ſolum, quæ ex quaſi contractu vel quaſi delicto cenſeri queant, ſed ex talibus

etiam cauſarum figuris, quæ quamuis ad contractus vel quaſi, delicta item vel quaſi commodè trahi non poſſe videantur, tamen de jure vim producendi obligationem & actionem ex facto, in factum, ex re & in rem directò vel vtiliter accepêre, *fac .l .5. §. 2. de Anct. tul. l.* 18. *de Accept. l.* 9. § . 1. *de Trib. act.* Quales cauſæ paſſim & in veritate variæ, hoc eſt, plurimæ per vniuerſum jus noſtrum jacent & diſperſæ ſunt, *l.*21. C. *de SS. Eccl. conf. l.*52. ibi *lege, jure honorario, neceſſitate l.* 40. *l.* 41. *l.* 25. §. 1. *de obl. & Act. l. vlt. de Edend. tot. tit. de reſt. in integr. de inoff. teſt. de hered. pet. de Rei vind. Ad. exhib. de interr. act. de mortu. inf. l.* 5. *de Confeſſ. l.* 18. §. 1. *de mort. cauſ. don. l.* 5. C. *de ingen. manum. l.* 55. *de Acq. rer. dom. l.* 10. *Quæ in fraud. cred. l.* 3. C. *Anſeru. ex ſuo fact. tot. tit. de interdict. & extraord. act. l.* 9. §. 1. *Quod falſ. tul. l.* 1. *in fin. de vi & vi arm. l.* 11. *l.* 28. *in fin.* D. *de dol. tot. tit. de damni. inf. tot. tit. de Aedil. act. l.* 1. § *.ult. d. de ſuperfic. l.* 3. §. 10. *de itin. actuq; priu. l.* 3. §. *ult. de Rivis tot. tit. Quor. bon. l.* 2. *de precar. l.* 1. *de migr. l.* 14. *Quæ in fraud. cred. l.* 1. *in princ.* §. 1. §. 2. *l. l.* 10. 14. *l.* 16. *in fin. l.* 22. D. *præſcr. verb. l.* 52. *de Rei vind. l.* 8. §. 3. *de Relig. & ſump. l.* 5. §. 2. D. *de pecul. l.* 1. § . 1. *de Rer. permut. vid.* Oldendorp. 4. *claſſ. Ac* 40. Iuſt. Mejer. *ad tit. pand. præſcr. verb. in diſput.* In genere namque ſic loquor de omni obligatione, *fac. l.* 9. *de Reb. cred. l.* 16. *de Acceptil. vid.* Zaſ. *ad. l.* 1. *de obl. & Act.* ne cum Antonio Fabro,

19. *conject.*

19.*conject.*20. Gajus exaudiatur. *in d. l.* 1. *de obl. & Act.* de ſolis iſtis agere obligationibus quæ perſonales actiones pariant §. 1. ibi *& aliis quibuſdam mod. Inſt. de Act.* Quinimo generalis Gai definitio eſt, ac quidem iſta, ut præter obligationes ex contractu vel delicto, primum ceteras comprehendat, veluti ex quaſi contractu vel quaſi delicto, quas intelligi intelligo *in d.* §. 1. *Inſt. de Act.* ut idem & non plus in *Inſtitutionum* libro tradatur de actione, quàm de obligatione ibidem ſcriptum §. 2. *Inſt. de oblig.* Tum denique & omnes alias, quæ & quotquot ad contractum vel quaſi, delictum item vel quaſi commodè referri nequeant, & tamen ex quibus vt obligatio & Actio naſceretur, Legiſtatori vtile viſum. Aut ex qua tandem alia cauſarum figura naſcerentur obligationes, quæ tacitè inſunt actionibus in rem, actionibus item partim in rem, partim in perſonam conceptis, adeoque omnibus per totum jus noſtrum diſperſis actionibus ſiue directis ſiue vtilibus illis, quæ naturam habent à quaſi contractu vel quaſi delicto diuerſam. Quinimo hæ poſtremæ, ſicuti quod nomine non poſſunt exprimere, negotium, id rei geſtæ enarratione declarant, citra formulam ac ſolemnitatem vllam *l. 6. in fin. c. de Tranſact.* Cujac. & Gothofr. *ad l.* 1. *d. præſci. verb.* ita negari non poteſt, quin ſingulis ſua ſubſit obligatio, ex qua robur ſuum, quod

habent, omne habeant. In libris *Inſtitutionum* plene tradi omnia non potuerunt, immò non debuerunt, ne compendii nomen malè iis tribueretur. proinde doctrina obligationum ex contractu vel quaſi, ex delicto item vel quaſi iis ſolum depicta eſt. Pleniſſimè vero in *pandectis* definiendum fuit, quemadmodum non ſolum ex contractu & delicto, ſed etiam propria quodam jure ex *variis*, hoc eſt, per totum juris corpus diſperſis cauſarum *d. l.* 1. *de obl. & Act.* ſeu, quod idem eſt, negotii geſti *l.* 29. *de ſtatulib.* figuris obligationes naſcantur. Nec eſt, ut exempla quis velit. Alias in ſpecie ex multis & variis iſtis nominare ſoleo Rei vindicationem, vtpote, quæ non ex contractu vel quaſi, ſed proprio 12. *tabularum* jure Agell. 20. *noct. Att.* 9. ex cauſa dominii, & non domino occupati figura profluxiſſe mihi ſemper viſæ. *vid.* Zaſ. *ad l.* 1. *de obl. & Act.* Idemque ſentio de condictione furtiva: videlicet, ſi non ex quaſi contractus quodam jure ad imitationem condictionis ex mutuo deduci origo ejus poſſit, *vid.* Arn. ab Haerſolt. *in Adverſar. Act. tit. de Condict. furt. in fin.* vt ex jure quodam proprio contra jus commune *fac.* §. 14. *Inſt. de Act. l. ult. D. de uſufr. quemad. cau.* in perſona actoris ex cauſa ſiue re ſua non data quaſi data *fac. l.* 1. *de Cond. furt.* in perſona Rei ex cauſæ furtivæ *l.* 2. *l.* 3. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 9. *D. tit.* hoc eſt, rei reſtituendæ quia non datæ *l.* 2. *l.* 7. §. 2.

& 4. D. de pact. l. 42. D. de uſur. l. pen. in fin. D. Rer. Amod. figura ortus ejus arceſſatur. Quandoquidem plerumque id accidat, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio naſcatur *l. 13. in fin. D. Rer. Amot.* multò magis in furto, de quo eatenus agatur, vt ſola res non data recuperari poſſit condictionis remedio. Neque cur hæc Præmittantur, ſua deeſt vtilitas. Actiones in factum, quæ eandem habent naturam, quam habent actiones ex quaſi contractu, ſine piaculo eidem claſſi adſcribuntur. Quæ verò eam habent naturam, quæ tributa eſt actionibus ex quaſi delicto, jure harum actionum vt cenſeantur, æquum eſt. Quæ denique peculiarem ſuam habent naturam, proprio iſto jure reguntur *juxt. d. l. 1. de obl. & Act.* quo gaudere eas voluit legiſtator. Exempli gratia. Rei vindicatio non datur adverſus Reum, ſiue non poſſideat, ſiue poſſideat, vt actio ex contractu vel quaſi datur, item non ex obligatione inuicem placita vel quaſi acquiritur actio in rem, vt actio ex contractu vel quaſi. Item non datur aduerſus heredem vindicatio, ſiue non poſſident, ſiue poſſident; item non datur aduerſus heredem in ſolidum. Ergo natura, quam vindicatio habet, diuerſa ſeparataque eſt à natura, quam habet actio ex contractu vel quaſi. Quæ quoque diuerſitas ſeſe oſtendet, ſi vindicatio cum actione ex delicto vel quaſi conferatur.

Adeoque

Adeoque eadem erit nota de actionibus in factum (vid. exempli gratia *l. 52. de R. vind.*) ceteriſque, quæ proprio quodam jure ex ſua ſuarum cauſarum figura ſingulæ conſtare dicuntur *in d. l. 1. de obl. & Act.* veluti in condictione fuctiua. Actioni quippe huic eadem ſi natura tribuatur, quam habet actio quælibet ex contractu vel quaſi, neceſſe eſt, vt ex tali talis cauſæ figura proficiſcatur, quam pro quaſi contractu haberi abſurdum non ſit. Aut ſi abſurdum videatur, vt iſta iſtius cauſæ figura, ex qua deſcendit, pro quaſi contractu habeatur, idq; propter deficientem ſimilitudinem; quid ni proprio quodam jure eandem habeat naturam ex ſua ſuæ cauſæ figura *juxt. d. l. 1. de obl. & Act.* eodem modo, quo ſi ex delicto ejus ortus ſumatur, proprio quodam jure, ſeu quod idem eſt, ſpeciali furum odio contra furem & ejus heredem in ſolidum concedi eam neceſſe eſt, aut juris fundamenta hac in re convelli, ac dejici, ſi vltra quàm peruenit, heredem inde teneri contendamus. Equidem plura ſunt negotia, quibus vt nullum contractus vel delicti nomen dari potuit *l. 4. D. præſcr. verb.* ita conuentio aut delictum quoque vllum ineſſe non videtur, cetera tamen non deſint, quæ ad producendam obligationem actionemque juſta & idonea. Factum nempe actuſue à delictis & contractibus diſcrepans longius, cui conſenſus ſed

tacitus

tacitus magis quàm apertus, æquitas verò & vtilitas euidentiſſima adſit, *conf.* Timæ. Fabr. *ad. tit. Inſt. de obl. ex quaſ. contr.* næ iſta conſideratio fecit, vt Gajus obligationes oriri dixerit ex pluribus cauſis, quàm quæ contra-ctum vel delictum proximè exprimerent *in d. l.* 1. *de obl. & Act.* ex pluribus cauſis, quàm vt diſtinguere voluerit *in d. l.* 1. inter obligatio-nes, quæ perſonalem actionem pariunt, vel realem. Neque nos proinde diſtinguere de-bemus *l.* 8. *D. de publician.* præſertim, cum vt actiones in rem ſub verbo *actionum* (de qui-bus Rubrica) comprehenduntur, *l.* 25. *l.* 28. *& paſſim. d. tit.* ſic & obligationes, ex quibus actiones in rem juſtitiæ fomentum hauriunt *fac. l.* 57. *d. tit.* ſub verbo *obligationum* (vnde Rubricæ initium) comprehendi veroſimile ſit *in d. tit. de obl. & Act.* Aut obligatione non omni eo ſub titulo poſitâ, cur actio in rem poſita foret? Scio, regerit Faber, 20. *Con.* 9. *item* 92. *decad. err.* 1. item 94. *decad. err.* 4. actio-nes, quæ ſunt in rem, cum aduerſus eum exer-ceantur, qui nullo modo eſt obligatus §. *Inſt. de Act.* nullam obligationem pro matre aut cauſa requirere, ſecutus, vt videtur, in eo Sa-lycetum *ad l.* 1. *C. de obligat. & Act. num.* 8. Do-nellum, Schneiduinum, Borcholt *ad* §. 1. *Inſt. de Act.* Iohan. Sichardum *ad Rubric. C. ubi in rem Act.* Duarenum *ad tit. digeſt. de obl. & Act.* Nicol. Vigelium *meth. iur. Civil. part. digeſt.* 5.

libr.

lib. 15.*c.*3. Verum vereor ne ſaluis juſtitiæ, nedum juriſprudentiæ principiis iſta opinio defendi poſſit, poſteaquam nulla vllibi actio exiſtat, aut poſſit vllo juſtitiæ colore exiſtere, quæ non ex ſua ſi non aperta vel vltro citro placita, ſaltem tacita cenſere debeat obligatione, ceu ſua matre, *fac.l.* 7. *verſic. ad autoritatem.D.de Ann. legat.* §. 5. *Inſt. de except.* Neq; video cauſa dominii vel quaſi qua legiſtatoris voluntate & juris ab ipſo conſtituti poteſtate actionem in rem poteſt producere Domino, eadem voluntate & poteſtate cur non & debeat & poſſit efficere, vt poſſeſſor ſit ob rem, quam *nullo jure* poſſidet obligatus ſicuti Domino in rem, quã petit declarari ſuam, agendi jus datum. Ita quod enuntio, ne ſi Dominus ageret vt perſona ſine mentione Dominii vel quaſi in re, quod habet, & poſſeſſor vt perſona conueniretur ſine adſpectu ad rem, quam *nullo jure* poſſidet, actio euaderet perſonalis & per conſequens hoc caſu ex obligatione non juſta. Fateor: actiones reales exercẽtur contra eum, hoc eſt, contra perſonam, quæ *nullo jure* obligata eſt. §.1.*Inſt. de Act.* Nego inde à Fabro concludi bene: ergo exercẽtur aduerſus eum, qui *nullo modo* obligatus eſt, aut vbi hoc extat? poſſeſſor *nullo iure* obligatus eſſe dicitur in actione reali, quoniã nullitate juris, quo poſſidet, obligatus eſt, omittere controuerſiam, quam Domino mouet *fac.* §.1.*Inſt. de Act.* Nullum

lum alias eſt jus, cui non à natura aut lege comes & adiutrix data ſit quædam obligatio, ſi non expreſſa ſaltem tacita, Charond. 3. *veriſ.* 1. Quanto minus vt actio aliqua eſſet cui nō adeſſet obligatio, ex qua eſſet. Commune vinculū eſt, quo omnes homines obligantur, vt honeſtè viuant, neminem lædant, ſuum cuiq; tribuant §. 2. *Inſt. de Inſt. & iur.* Is, qui rē alienā poſſidet *nullo iure* ſeu, quod idē eſt, citra vllum jus Dominii, ſi nullo modo obligatus eſſet eam relinquere, ecquid reſtat, quam vt inuerſis hiſce principiis dicatur eum eſſe nullo modo obligatum, vt honeſtè viuat, vt neminem lædat, vt ſuum cuique tribuat? Rei alienæ poſſeſſor tenetur rei vindicatione, hereditatis petitione, publiciana, igitur obligatus eſt, vt rectè concludit doctiſſimus & diligentiſſimus hilligerus 19. *donell. enucl. c.* 1. *conſ.* Gōdæ. *ad l.* 12. *de r.* 5. Briſſon. *in verbo* obligatur lege Cornelia *de v. Sign.* quibus adſentior hac in re, poſtpoſitis donello & Schneideuino *ad. D.* §. 1. *Inſt. de Act.* dum aliquem actione aliqua teneri volunt, qui non ſit obligatus: bene econtra, qui ſit obligatus, eum teneri. Quid? verba audio, non video probationem: Actio eſt jus perſequendi in judicio, quod debetur. *in princ. Inſt. de Act.* jus, eſt, modus, forma vel formula *fac. l.* 27. *de Reg. iur.* remedium, cum agitur de actionibus in ſubſidium deficiente via ordinaria inuentis *l.* 1. *§.* 3. *de ventr. inſpic.*

Formulæ

Formulæ quidem antiquæ certæ ac ſolemnes ſublatæ ſunt *iuxt. l.* 1. *&* 2. *C. de formul. & Act. impetr.* Quid tum? de formula agendi nondum abolita loquor, quæ in eligenda & in judicio proponenda actione conſiſtit. veluti ſi quis actione in rem acturus proponat actionem perſonalem, vel econtra: item ſi quis agere debeat actione prætoria: inſtituat verò Ciuilem, eamque talem, quæ non competat; item ſi quis actionem ex delicto proponat, qui actione ex contractu agere debuiſſet. Dico hiſce & ſimilibus in exemplis peccari in modo & formula agendi. Idque ne fiat: ideo neceſſariam eſſe actionum cognitionem, quippe quæ formulâ non magis carere poſſint quàm formâ. Actio, circa quam tertium juris objectum verſatur, eſt modus perſequẽdi in judicio, quod debetur. Quod ſi autem actio realis contra eum ſemper inſtitueretur, qui nullo modo, vt docet Faber, foret obligatus, non video ſane, *debere* quemadmodum poſſet, qui actione reali conuenitur. Aut qui nihil debet, qua fronte ei actio intentaretur? Nulla niſi ex obligatione actio eſt, & immo actio realis non eſſet actio, cui actionis definitio non conueniret, Theod. Marcil. *in not. ad princ. Inſt. de Act.* multo minus vt definitio actionis conveniat ſolis actionibus perſonalibus, propter ſolam eamque valde levem, ſi non ridiculam rationem,

quòd

quòd actio dicta ſit ab agendo, id eſt, cogendo, taliſque coactio in ſolis actionibus perſonalibus, non realibus locum habuerit, prout vult Faber 20. *Conieſt.* 9. quaſi verò non rectius dicamur cum Reo agere, quàm Reum agere *l.* 3. *de iureiur.* quaſi verò agere non ſit potius in judicio tractare, contendere, & experiri *l. age. C. de Tranſact.* vt quid præſtetur vel fiat quàm agere Reum ceu animal irrationale ad judicem, *conf.* Iac. Curt. 1. *conieſt. quæſt.* 15. Hilliger. 19. *Donell. enucl.* 1. quaſi denique Reus in actione reali nomine rei, quam *nullo iure* poſſidet, non potuerit eodem modo in jus agi, quo in actione perſonali olim ſolemne. Prouocaui ad moris antiqui veſtigia 3. *Membran.* 21. Quid dicam? nota ſunt *vid.* Briſſon. 5. *formul. pagin.* 374. Agell. 20. *noct. Att.* 9. Turneb. 29. *Aduer.* 33. Iacob. Ræuard. *ad ll.* 12. *tab. c.* 6. Charond. 3. *veriſim.* 1. Roſin. 9. *Ant. Rom.* 13. Hortenſ. *in* §. 1. *Inſt. de Act. ibid.* Vultei. *num.* 54. Fr. Dauydargent. *in not. ſelect. c.* 1. *de interdict.* Marcil. *ad. ll.* 12. *tab. c.* 11. Hilliger. 20. *Donell. enucl.* 1. *lit. a.* Notare quod obiter lubuit, & verbo confirmare, non exagitare.

CAP. III.

Rei vindicationem, & condictionem furtiuam non eſſe actiones partim reales, partim perſonales, ſed naſci ex ſua ſuæ cauſæ figura.

CONdictionem furtiuam Accurſius, Bartolus, ac alii *ad Rubric. C.de Cond.furt.* ex variis cauſarum figuris oriri judicant, ac quidem quo id ſenſu intelligi velint, nominatim explicauit Salycetus *D.loc.* dum docet cauſas perſonalium actionum eſſe contractus vel quaſi, delicta item vel quaſi : cauſas verò actionum realium deſumi ex Dominio vel quaſi: In condictione autem furtiua concurrere Dominium à parte actoris, & delictum à parte Rei: & hoc eſſe, ex *variis cauſarum figuris* condictionem oriri, vtpote quæ ex duabus diuerſæ naturæ cauſis deſcendat iſto modo, Doctrina, quam adprobaſſe video Franciſcum Caldas *ad l. vnic. C.ex delict. def.* 4. *part. relect.num.*27.*&* 28.Iohan. Sichard. Car. Molineum *ad D. Rubric.* dum aiunt naſci condictionem furtiuam ex *variis cauſarum figuris*, id eſt, habere aliquid perſonalis actionis, aliquid realis : eſſe perſonalem quo ad furem, qui ex delicto conuenitur : item eſſe realem ex parte actoris, qui prætendat rei Dominium. Vnde non facere eos indoctè, qui condictionem hanc furtiuam nec perſonalem,

nec

nec realem eſſe actionem ſuſtineant, ſed anomalam, *conſ.* Iaſon. *in §. omnium Inſt. de Act.* Treutl. 1. *diſput.* 22. *theſ.* 12. Petr. Loriot. *de Tutel. axiom.* 73. Verumenimverò longe abſunt hi omnes à vero. Primum actionem aliquam eſſe, quæ nec perſonalis ſit, nec realis, inauditum eſt, *fac.* §. 1. *Inſt. de Act.* Deinde vna obligatio, vnaue actio in ſpecie accepta non poteſt magis ex variis cauſarum figuris naſci, quàm Dominium accipi *fac. l.* 14. §. 2. *D. de except. Rei jud.* Sed enim ideo obligationum & actionum jus inuentum primitus eſt, vt vna quæque ex ſua ſuæ cauſæ figura cenſeretur *d. l.* 14. §. 2. In genere vbi loquimur de omnibus obligationibus & actionibus, rectè dicuntur proficiſci ex contractu vel quaſi, ex delicto item vel quaſi & proprio quodam jure ex variis cauſarum figuris *l.* 1. *de obl. & Act.* in ſpecie verò cum agimus de ſingulis, ſicuti ſingulæ ex ſui contractus vel delicti ſpecie, item ex ſua quaſi contractus vel quaſi delicti figura conſtant, ita ſingulæ habent ſuam ſuæ cauſæ figuram ex qua in ſpecie cenſeantur *fac. l.* 6. *de exc. rei iud.* quotquot & quæcunque obligationum ſpecies ex contractu vel quaſi, item ex delicto vel quaſi minus commodè cenſeri queant, *fac. d. l.* 4. §. 2. *D. de exc. rei. iud.* veluti poſſeſſor qui omni aut juſta aut firma poſſidendi figura caret, mota ſibi controuerſia Dominii, quod actor ſuum eſſe probet, poſt ſublatam

omnium rerum communionem non ſolum jure gentium, quo Dominiorum diſtinctio inuecta fuit, ſed etiam obligatus eſt proprio 12. tabularum jure, Agell. 20. *Noct. Att.* ex figura Dominii nullo jure occupati relinquerer Domino, quod ejus eſt. Eaque figura eſt vna ex variis illis cauſarum figuris quarum fit mentio *in d.l.1.de obl.& Act.* diciturque figura non duplex, ſed vna, eo quod Dominii vel quaſi à parte actoris & iniuſta contrauindicationis vel quaſi parte Rei coniunctio efficiat vnam eamque talem Dominii nullo jure occupati figuram, ex qua actori obligatio acquiratur voluntate legis: Reus verò exiſtat obligatus. Neque fruſtra quod ita deciditur. ne quis laboret cum iis, qui probant actionis realis cauſam tantùm eſſe dominium, non verò etiam poſſeſſionem *conſ.* Car. Molinæ. & Sichard. *ad tit. C. de cond. furt.* Giphan. *ad l. vnic. C. de Alien. iud. mud.* Ceſſat namque iſte labor, ſi dicamus non ex nudi Dominii figura actionem realem actori competere aduerſus poſſeſſorem, ſed ex figura Dominii à poſſeſſore occupati nullo jure. Tantum abeſt vt actio realis æſtimari debeat ex ſola præſenti poſſeſſione. Quamuis id auſus docere Ant. Faber 92. *decad. err.* 1. motus ſola *l. 24. §. 2. D. de iudic.* in qua tamen ſoli poſſeſſioni ea vis non attribuitur. Aut actio in rem malè actio petitoria, rectius poſſeſſoria diceretur, præ-

terquam

terquam quod fruſtra actori difficultas probandi Dominii incumberet, ſi non in Dominii cauſa ſed præſentis poſſeſſionis duntaxat hæc actio conſiſteret. priuatio juris non eſt datio juris. Actionem realem actor habet vi Dominii legitimè acquiſiti *l. 25. de Rei vindic.* illegitima verò aduerſarii ſui poſſeſſio eſt Dominii ſui priuatio *l. 115. de v. S.* quæ non magis cauſa eſſe conſtituens poteſt actionis realis, quàm cauſa deſtruens fieri cauſa efficiens. mouet quidem me poſſeſſio aduerſarii, vt actionem in rem ei moueam, *juxt. d. l. 24. §. 2. de judic.* idque eadem ratione, qua mora debitoris ex contractu obligati, & ſoluere detrectantis me impellit, vt eum ad judicem traham. Mora tamen non eſt propterea cauſa actionis perſonalis, poſſeſſio eſt cauſa, ob quam poſſeſſor conueniri debeat. Sicuti poſſeſſio parit actionem in rem Reo *juxt. l. vnic. C. de Alien. iud. mut.* non aliâ ſententiâ, quàm poſſeſſione ſeu quod in actione reali idem eſt, Dominii alieni occupatione eum eam ſibi accerſere. *fac. l. 36. de R. vind.* eodem modo, quo pignoris perſecutio parit actori actionem in rem *l. 17. D. de pign. & hyp.* Non tamen vt propterea rei perſecutio ſit cauſa actionis realis. Quod ipſum vel ideo perſequor, vt intelligas, quo ſenſu pragmatici doceant duo eſſe requiſita actionis in rem. primum eſſe fundamentum actiuum in perſona agentis,

& Dominium vocari : alterum eſſe fundamentum paſſiuum in perſona Rei, & vocari poſſeſſionem. Noſtro judicio hæc duo differunt non magis quàm Dominium actori competens ſi voces fundamentum actiuum, & idem Dominium quà à poſſeſſore nullo jure occupatum ſi appelles fundamentum paſſiuum. Adeo duo iſta requiſita ſunt vnum requiſitum, vtpote quod conſiſtat in Dominio actori competente & *nullo iure* apud poſſeſſorem exiſtente. Quid? Amplius quàm ſemel res mea eſſe non poteſt, ſæpius deberi poteſt ſæpius, inquam, ex variis obligationibus. In actione reali res mea eſt ex vno Dominii acquiſiti titulo. Tamen eſt, qui adnotauit *in Donell. enucl.* in actione reali deberi non rem ſed reſtitutionem, eique opinioni ſubſcripſiſſe, vſill. *in princ. Inſt. de Act. num.*38. Schneideuin.*num.*18.Dyn.*num.*22.Mynſiger. *num.* 21. Harprecht. *num.* 17. Forcat. *dial.* 96. *num.* 2. Rainald. Corſ. 2. *indag.* 1. Cuiac. *ad l.* 178.*de v.S.&* 15.*obſ.*18.Gilbert.Reg.1.*enant.*12. Alex. Turamin. *epiſt. Arad.* 18. Bronchorſt 4. *Adſ.* 30. Quàm vellem, ne ſubſcripſiſſet vir eruditus. In actione reali quoniam compenſationi ſit locus, quæ debiti dicatur contributio *l.*1. *de Compenſ.* non inde ſequitur reſtitutionem deberi, non rem. Reſtitutio eſt factum. Quod ſi autem factum in actione reali deberetur, an non fieret in parte principe

actio perſonalis? Nemo rem ſuam actione perſonali (extra quam à fure) exigere poteſt, ſed bene eam ſibi reſtitui *l.82.de v.obl.* Ex quo efficitur in actione reali non præſtari factum, ſed rei Dominium adſeri *l. 9.l.10.l.11.D.de R. vind.* Vnde in rem actio adpellatur, non in factum. Fateor rem alienam à poſſeſſore debere reſtitui in actione reali: nego ex natura actionis in rē. Debet victus demum eam reſtituere officio judicis *l.9.l.17.l.76.de R.vind.§.2.Inſt.de offic.jud.l.9.§.1.de furt.l.68.de R.vind.l.25.in princ.de obl.& act.*in actionis ſupplementum *fac.l.27.de obl.& Act.* Aliàs ſi principaliter in actione reali contenderetur ad reſtitutionem, non Dominium dominaretur, non res noſtra adſereretur, non ſuper Dominio noſtro declaratio peteretur, ſed ferè eodem modo ageretur, quo in actione perſonali talis obligatio cernitur *l. 3. de Reb. cred. l. 15. de Cond. Indeb. l.38. de vſur.* Rem verò noſtram dum vindicamus, non poſſeſſionem petimus, (aut poſſeſſorium eſſet judicium non petitorium,) ſed Dominium ipſum vindicamus *§.4.Inſt.de Act. l.23. de Rei vind. l.6.ab hoſtibus.C. Quib. non obſt.long.temp.præſcr.l. 23. de Rei vind.* Vnde rei vindicatio adpellatur lis Dominii *l.18.de vſur.* Lis de proprietate *l. 102.D. de v. obl.* Aliud quod eſt, quàm, vt res noſtra nobis reſtituatur, contrahere, *juxt.l.82.de v. obl.* aut Reum obligatum eſſe ad rei noſtræ

reſtitutionem ex natura actionis veluti in condictione furtiuâ, quæ eſt actio merè perſonalis, non partim realis, partim perſonalis, prout opinantur. In rem ſcriptæ actiones nonnullæ admittunt perſonales præſtationes, *l. hereditatis C. de pet. hered. l.* 25. §. 18. *de pet. hered. l.* 27. §. 3. *de R. vind. l.* 3. §. *eſt autem D. Ad. exhib.* Mixtarumque aliubi fit mentio, quæ mixtam obtinere cauſam videantur tam in perſonam quàm in rem §. 20. *Inſt. de Act. l.* 37. §. 1. *de obl. & Act.* neque propterea monſtroſæ habeantur, prout Tim. noſt. Faber *ad tit. Inſt. de Act.* ſolidè defendit contra Ant. Fabrum 20. *coniect.* 10. Condictio autem furtiua vtut ſit ſatis monſtroſa, inſpectis juris noſtri regulis, non tamen vſpiam inter mixtas vel tales in rem ſcriptas comparet: plane vt hac in re à natura ceterarum condictionum non exorbitet. Omnis condictio eſt actio perſonalis §. 15. *Inſt. de Act.* igitur condictio furtiua quoque §. 14. *&* 15. *D. tit.* Cumque nulla ſit actio in rem, qua actor poſſit rem ſuam ita petere, *ſi apparet Reum dare oportere D.* §. 14. multò minus actio aliqua erit, qua actori rem ſuam, quam vindicare velit, Reum dare oporteat. At talis eſſet condictio furtiuâ, ſi à parte Actoris eſſet realis, à parte Rei perſonalis. Condictio furtiua Azoni eſt actio perſonaliſſima. Quid ni proinde ab vtraque parte ſit perſonalis. Datur Domino non Dominii

ratione,

ratione, qua vindicet per eam id, quod alius poſſidet aut tenet, ſed ex re non data, quam laboret, recipere. Vnde ex cauſa condictionis ſi fur aut ejus heres efficiatur debitor, *juxt. L.* 30. *de Act. empt. l.* 27. §. 1. *de v. obl.* falſum erit ex cauſa Dominii id fieri. Requiritur quidem vt actor ſit Dominus, & in titulo Dominii pro parte ſe fundet, aliter quam is, qui rem ſuam depoſuit cõmodauit aut locauit, vt pote qui vi contractus agat, non Dominii. Interea eam ceudebitam repetit, non intendit eſſe ſuam, immo ne quidem de Dominio contendit, aut hoc agit, vt Dominus declaretur, *conf.* Hilliger. 20. *Don. enucl. c.* 1. *lit. D.* Quare cum ex medio concludendi cognoſcatur, ex qua cauſa ſit actio *conf. Ioh. Godæ de contrah. ſtip. c.* 11. *num.* 12. nec in condictione furtiua concludatur, vt actor declaretur Dominus, facilè intelligitur fieri non poſſe, vt à parte actoris ſit realis, *fac. l.* 27. §. 2. *de Aur. & arg. leg.* Concludit in ea actor Reum ex cauſa furtiua ſibi *dare facere oportere*, eodem modo, quo qui ſtipulatur, quod ex cauſa condictionis *dare facere* oportet, non quod ſuum eſt, ſtipulatur, *l.* 27. §. 1. *de v. obl.* ſed ius obligationis, Hotoman. 3. *obſ.* 17. Tantum abeſt, vt condictione furtiua rem ſurreptam perſequamur, non perſonam furis. Error ex imprudentia, vt reor, qui excidit Radulph. Fornerio 2. *Rer. Quotidian.* 24. non igitur latius qui declarari mereatur.

CAP. IV.

Dominium pendẽte rei vindicatione aliter Domino deberi: aliter rem ablatam in condictione furtiua.

Recte dicimus inſtituta in rem actione apud poſſeſſorem tantiſper manere Dominium, donec actor rem, quan petit, ſuam eſſe probarit, *vid.* 4. *membran.* 6. Sententia, quæ probatur *ex l.* 2. *C. de probat. l.* 15. ibi *Dominium detineatur. C. de Rei vind.* Contra Hilligerus 19. *donell. enucl. c.* 1. *lit.* 5. opinatur id, quod noſtrum eſt, ſeu Dominium rei noſtræ non abeſſe poſſe, ſed à nobis haberi ſemper, *iuxt.* §. 14. *Inſt. de Act.* Opinio, quæ ex contemplatione male adcommodata deſcendit. Id, quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro, vt non ſit vi actionis recuperabile, transferri non poteſt *l.* 11. *de Reg. iur.* Alias ſine facto noſtro Dominium, quod amiſimus, vi actionis recuperabile eſt *l.* 12. *in fin. de Cond. furt. l.* 52. *de Acq. rer. dom.* Iam verò recuperari quomodo poſſet, ſi non præſupponeretur amiſſum? Aut, res ſua vbi abeſt actori, Dominium inſuper aut contra vindicante Reo aut negante actoris eſſe, ecquid adeſt interim actori, donec hoc non probarit, aut rem recuperarit? habenti Dominium non neceſſaria eſt vindicatio Dominii. Sed enim, qui rem, quæ ſibi abeſt, vindicat, Dominium vindicat, §. 4. *Inſt. de Act.* proprietatem

prietatem adſerit, Agell. 20. *Noct. Att.* 9. Goth. *ad Rubr. de Rei vind.* abeſt igitur Dominium; aut vindicaretur, quod haberetur. Aut res noſtra, quæ apud alium eſt, & nobis abeſt, abſque Dominio noſtro conſideretur, & non vtique noſtra erit, quatenus proprietas à poſſeſſione rei vindicandæ ſeparari non poteſt, *l.* 8. *C. de Acq. vel amitt. poſſ.* Abeſſe dicitur, quod patrimonii noſtri eſt actione tenus, modò in veritate ab alio detineatur, *conf.* Donell. 21. *Comment.* 2. Ius autem actionis præſupponit titulum, quo legitimè Dominium acquiſiuimus: deinde ſpem ejus recuperandi *l.* 51 *de Acq. rer. dom.* Recuperatur verò id quod de facto amiſſum, de jure recuperabile eſt, *fac. l.* 54. *D. de Rei vind.* Vnde jus actionis qui habet, rem ipſam habere videtur *l.* 15. *de Reg. iur.* ſed ergo habere videtur Dominium reale, hoc eſt, vt ita loquar, poſſeſſionem, ſeu vſum veræ Dominationis, propter ſpem ejus recipiendæ, *arg. l. quod ſi* §. 4. *D. de. hered. petit.* In veritate non certè habet, cum quod ſperatur, quandoque non eueniat, *fac. l.* 8. *in princ. D. de Tranſact.* ideoque minus ſit actionem habere, quàm rem *l.* 204. *D. de Reg. iur.* vt non dicam, condictione furtiua ſicuti res noſtra, quæ repetitur, nobis debetur, ita quid in actione reali debeatur res noſtra nobis, quæ ab alio poſſidetur? res debita, quoniam abſit nobis, debetur nobis igitut multo magis

gis res noſtra, quæ nobis abeſt. Vi ſiquidem contractus debetur res debita : vi Dominii noſtra res eſt noſtra. Conſummatior autem hic titulus propter Dominium adquiſitum. Imperfectior verò ille alter ob Dominium adhuc adquirendum. Accedit, quòd quicquid petere poſſumus, & ab inuito poſſeſſore exigere, illud nobis rectè dicatur deberi *l.* 108. *l.* 76. *l.* 96. §. *fin. D. de v. Sign.* Sed enim rem noſtram, quæ nobis abeſt, ab inuito poſſeſſore vel etiam fure exigere poſſumus. Debetur ergo. neque mirum. Non anguſtior eſſe debet ſignificatio verbi *debetur* in definitione *actionis:* quàm eſt verbum *ſolutionus* in definitione obligationis. In hac quippe *ſolutio* non tantum eſt pecuniæ numeratio, ſed quælibet vel facti vel rei præſtatio, *fac. l.* 3. *l.* 25. *l.* 27. *de obl. & Act. l.* 7. *de pact.* Similiter actio eſt ius, hoc eſt, à lege vel prætore introductus modus, *fac. l.* 27. *de Reg. jur.*) perſequendi non ſolùm rem, quæ vi contractus vel quaſi, delicti item vel quaſi nobis debetur, ſed etiam rem noſtram, quæ nobis debetur, hoc eſt, quæ nobis abeſt. *arg. l.* 35. *de obl. & Act.* fateor: ex vna tantùm cauſa & eatenus ſemel Dominium duntaxat nobis poſſe contingere *l.* 12. §. 2. *de exc. rei jud. l.* 3. §. 4. *de Acq. vel am. poſſ.* nego, Dominium ſine facto noſtro amiſſum recuperari ex noua, aliaue cauſa. Vindicatur vi eiuſdem cauſæ, ex qua ſemel adquiſitum, & quidem
toties,

toties, quoties ſine facto noſtro nobis abeſt. Quid enim in actione reali, ſi quod meum eſſet, perſequerer, id ſuum eſſe aut alterius defenderet Reus, efficeretur, vt duo vnius rei conſtituerentur ſaltem interea, hoc eſt, pendente actione Domini. Adhuc dico agenti incumbere neceſſitatem probandi Dominii. Dominium probari ex titulis & modis ad transferendum Dominium aptis. Antequam verò probetur, eſſe, quo poſſidens præſumptione juris gaudeat, mihique deberi non malè dicatur, quod meum eſſe adſeram, nondum tamen appareat, an ſit meum, propter interpoſitam conteſtationem & cauſam in judicium deductam *fac. l.* 10. *C. de Acq. vel amitt. poſſ.* Neque video cur hæc non ſubſiſterent. pendente lite actori debetur Dominium, quod oppoſita contra-uindicatione ſuum eſſe adſerit poſſeſſor. Prima autem ratio eſt, quare tantiſper debeatur ſeu, quod idem eſt, actori abſit Dominium: ne interea vel in veritate vel ex opinione duo vnius rei in ſolidum vno eodemque momento conſtituantur Domini. Quid ita? pendente lite reali aut debet actor pro Domino rei petitæ, etiam nondum Dominio probato, haberi, aut poſſeſſor, aut neuter, aut uterque ſimul. Poſtremum hoc contra principia eſt: præſertim in actionibus realibus, vtpote in quibus non amplius quàm ſemel, hoc eſt, ex vna cauſa

Dominium poteſt contingere *l.* 14. §. 2. *l.* 3. §. 4. *D. de Acq. vel am. poſſ.* ac adeo quidem, vt quanquam actor ex vna eaque ſua cauſa Dominium adſtruere poſſit, poſſeſſor à ſua parte ex cauſa ſua, tamen non magis idem Dominium apud duos in ſolidum vno eodemque momento eſſe poſſit, quàm vt tu eſſe poſſis, qui ego ſum, vel qui ego ſum, tu eſſe videaris *arg. l.* 3. §. 5. *in fin. D. de Acq. rer. dom.* Neutrum verò interea haberi pro Domino non expedit, ne rerum Dominia in incerto ſint *fac. l.* 1. *de vſucap.* Atat ſecundo loco, quod quæritur, eſt ſecundum jus, quoniam ob difficultatem probandi Dominii viſum fuit legiſlatori noſtro, poſſeſſorem in pari cauſa potiorem facere *l.* 128. *l.* 126. *in fin. D. de Reg. iur.* Plane vt mirandum non ſit, ſi interea, donec actor in probando ſuo Dominio verſatur, poſſeſſor ex interpretatione juris pro Domino habeatur *l. ſiue poſſidetis. C. de probat.* ob commodum poſſeſſionis, quod ei lex tantiſper tribuit §. 4. *Inſt. de Interdict. d. l.* 128. *l. fin. de Acq. vel amitt. poſſ. l. fin. C. de R. vind.* ea cum efficacia, vt, actore non probante Reum, quamuis nihil probauerit, obtinere certi juris ſit, *l.* 4. *C. de edend. d. l. fin. C. de R. vind. l.* 9. *C. de except. l.* 2. *C. de probat.* Ex quo proinde, primore loco quod quæſitum confirmatur, nimirum interea, donec actor Dominiũ ſuum non probarit, jus nolle vt pro Domino habeatur: jus velle, vt occupantis

melior

melior ſit condicio, quàm ceterorum *fac. l.52. de pecul.* Ac quidem tutò vt negligi ratio dubitandi queat, cur, cum quicquid meum ſit, in plus meum ſit quàm vt neceſſe ſit in debiti titulum conuerti, pendente lite dominium deberi, ſeu, (quod idem eſt in actione reali, ne aliàs interea fieret actio perſonalis) actori abeſſe ſuſtineamus. Enimuero id tradi oportuit propter litis conteſtationem, cauſamque in judicium deductam, *fac. l. 10. C. de probat.* ceu ex quodam contractu, *fac. l.3. §.11. D. de pecul.* qui tantiſper, donec lis determinata fuerit, ceu ſpecie quadam nouationis pro cauſa adquiſiti Dominii amet cauſam Dominii, quod abeſt, ſubſtitui, *arg. l. 86. & 87. de Reg. iur.* ne Dominium in actore & Reo ſimul vno eodemque momento in ſolidum concurrat. Concurſus, qui pronuntiata ſententia, aut in actionibus perſonalibus metui non item poſſit, poſteaquam eadem res ab eodem ex pluribus cauſis cum mihi debetur, ſingulas obligationes ſingulæ cauſæ ſequantur nec vlla alterius petitione vitietur, *l. 12. §.2. de exc. rei judic.* Multò minus in condictione furtiua, vtpote qua vtut Dominus rem ſuam repetat, fieri tamen permittente ratione non valeat, vt, quoniam aliter quàm ex delicto, vel quaſi contractu eam ceu debitam non repetat, hac in parte actioni reali ſit ſimilis, *vid. ſupr. c. prox. in fin.*

CAP. V.

De Condictione furtiua, quo ſenſu ſit actio natiua, quo ſenſu datiua, quo denique ſenſu obligatio ſit mater actionis natiuæ, non item datiuæ.

ACtionem vulgaris Schola diſtinguere ſolet in natiuam & datiuam. Natiuam vult generari, non creari: vtpote quæ juxta tenorem juris ex materia præexiſtente, velut ex contractu aut delicto oriatur. *arg. l.*42.§.2. *D. de procur. l.*7.§.1.*D. de pact.* Datiuam verò creari docet, non generari: vtpote quæ à lege vel prætore immediatè præter juris regulas datur ſine præexiſtente tali materia, præmiſſo ſaltem facto, ex quo legiſlatori æquum viſum eam concedi, Salycet. *ad. l.*1.*C. de obl. & Act.* Zaſ.2.*ſingul. reſp.*5. item *ad. l.*1.*de obl. & Act.* Padill. *in l.*5.§.2.*D. præſcr. verb.* Hieri de Mont. *in tractat. de fin. Regund. c.*38.*num.*15. Opinio, quæ ſi fundamento inniteretur bono, equidem facili negotio deciderem, condictionem furtiuam eſſe actionem datiuam voluntate legiſlatoris, citra cauſam vllam aut aliam, ex qua præexiſtente eam oriri voluerit. Sed enim recipi quò minus iſthæc diſtinctio poſſit ipſa inutilitas facit, *conf.* Forcatul. *dial.*97. Hilliger.19, *Donell. enucl.*2. Couarruu. *in c. poſſe de Reg. jur. in* 6.§.1.*num.*4. non ſolùm, ſed etiam non obſcura falſitas: quandoquidem actio

etiam

etiam illa, quæ non ex contractu vel quaſi, non item ex delicto vel quaſi, ſed proprio quodam jure ex ſua ſuæ cauſæ figura præmiſſo, prout loquuntur, facto naſcitur *juxt. l.* 1. *de obl. & Act.* eo ipſo habeat quoque præexiſtentem materiam, ex qua exiſtat. Rectius dicemus: actionem omnem, quà ad tertium juris obiectum pertinet *juxt. l.* 1. *D. de Stat. hominum*, eſſe datiuam, hoc eſt, aut à lege aut à prætore introductum agendi modum *l.* 27. *de Reg. iur.* atque eò pertinere, quod dicitur nullam fuiſſe actionem, quæ non à prætore olim vel daretur, vel negaretur. Actionem autem, quæ ex contractu vel delicto vel proprio jure ex variis cauſarum figuris naſcitur *iuxt. d. l.* 1. *de obl. & Act.* reſpectu obligationis, ex qua proximè cenſetur, *l.* 7. §. 4. *de pact.* §. 1. *in fin. Inſt. Quib. mod. re contrah. l.* 25. §. 1. *l.* 52. *de obl. & Act. l. vnic. C. Si. ſeru. exter. ſe emend.* eſſe illam, quæ ipſo jure jam nata eſt, & competit ei, cui obligatio ex qua deſcendit, ad quiſita eſt §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act. l.* 17. §. 1. *de furt.* quæque in titulo, licita petendi, licentia, agendique facultate conſiſtit *fac. l.* 6. *in fin. D. Negot. geſt. l.* 1. *D. de eo quod cert. loc. l.* 5. §. *fin. D. de dol. mal. & met. exc. l.* 143. *de v. Sign. l.* 52. *de Acq. rer. dom. l.* 15. *de Reg. iur.* antequam vel edita ſit, vel prætor aditus impetrandæ formulæ, *fac. l.* 4. *l.* 6. *l.* 49. *de v. Sign. l.* 32. *Ad. l. falcid. l.* 13. *l.* 14. *Commod.* Idq; ſcire vtile, vt ſciamus, actio-

nem quà natam & adquiſitam ad ſecundum juris obiectum referendam eſſe ; quà verò datam ad tertium *iuxt.* §. *vlt. Inſt. de iur. Nat. Gent. & Ciuil.* conf. Tim. Fab. *ad princ. Inſt. de Act.* Etenim hæc, quamuis propter cauſas obligationis & ex ea natæ adquiſitæque actionis compoſita ſit, & in formulam redacta, immo etiam inde robur ſuum ſi non apertè ſaltem tacitè habeat, vnde nata eſt, nimirum ex obligatione, abſit tamen vt alio reſpectu non etiam dominetur, quatenus juris publici creatura eſt, id eſt, aut à lege aut à prætore introductus agendi modus, *fac. l.* 27. *de Reg. iur.* §. 1. §. 3. §. 8. *Inſt. de Act.* primitus ex legibus 12. tabularum compoſitæ ſunt actiones, quibus homines inter ſe diſceptarent. Actiones, quas ne populus prout vellet inſtitueret, certas ſolemneſque eſſe voluerat legiſlator Romanus, & appellatur hæc pars juris, legis actiones, id eſt, legitimæ actiones *l.* 2. §. 6. *de Orig. iur.* poſterioribus verò temporibus formulæ quidem certæ iſtæ ac ſolemnes actionum ſublatæ ſunt, res tamen manſit, id eſt jus legitimarum & prætoriarum actionum, quo legis actionũ vice vtimur. Vnde altera porro vtilitas hujus doctrinæ ſe prodit, vtpote quæ in eo conſiſtit, vt ſciamus, quo ſenſu obligatio ſit mater actionis. Quod ſi autem mater eſſet actionis, quatenus hæc ad tertium juris obiectum pertinet, eſſet pro parte juris ſolem-

nis

nis & prætorii mater non tantum, ſed & hæc pars juris, quæ in *actionibus* conſiſtit, cum illa juris parte, quæ in *Rebus* verſatur, confunderetur, tum etiam pactionibus priuatorum ſubiaceret. Atenimuero hoc ne admittamus, proprietas juris prohibet. Cauſæ ſiquidem obligationum, veluti contractus vel quaſi pactione poſſunt immutari ipſo jure, ſi incontinenti fuerit adiecta *l.* 22. *C. de donat.* ſin ex interuallo, per pacti conuenti exceptionem, *l.* 7. §. 5. *de pact.* ita & actio dum inchoatur, *l.* 27. *de Reg. iur.* hoc eſt, naſcitur & adquiritur: non item ſi adſpiciatur, quà eſt à lege vel prætore introductus agendi modus *d. l.* 27. Nec mirum: actio quà ad ſecundum juris obiectum inter res refertur, pro patre eum, qui ſeſe ad quiſiuit: pro matre agnoſcit obligationem. Quo autem reſpectu ſumitur pro ipſo actionis in judicio propoſitæ exercitio, & ad ſententiam obtinendam agendi modo, patrem habet legiſtatorem, pro matre agnoſcit legem. Idque qui conſiderat, fateatur neceſſe eſt, illo adſpectu actionem apertè eſſe filiam obligationis, eoque reſpexiſſe Theophilum, dum ait *ad Rubric. Inſt. de Act.* μητέρες τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί. Aliàs obſcurius idem adſeri, nec aliter, quàm cum in actione perſonali, tum reali, non apertè, non proximè aut immediatè, ſed obligationem tegi ſub vmbra formæ judicialis ceu nube quadam.

 Quid

Quid enim actio, quà eſt vel realis vel perſonalis, eatenus ad tertium juris obiectum pertinet, eo quod publico bono excogitata ſit duplex talis judicialiter agẽdi forma, propter certitudinem bene agendi, ne hæreamus aut tenere erremus in perſona, quam debeamus conuenire: in reue, quam, qualem, & quam tam debeamus petere, *fac. l. 5. vſufr. quemad. cau. l. 9. in fin. Quod met. cauſ. l. 5. §. 33. de dol. & met. exc. l. 40. de pact. l. 25. de obl. & Act. l. 1. §. pen. de Interdict. & extraord. l. 36. de v. Sign. l. vlt. §. 4. de legat. 2. l. 28. de obl. & Act.* Tertia juris pars verſatur in hoc jure, ſeparataque eſt ſtudioſè ab obligationum jure *fac. tit. Inſt. de oblig. item. tit. de Act. ibid.* Tantum abeſt, vt obligationes proximè & immediatè matres eſſent harum actionum. Obligatio eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringitur in actione reali perſona poſſeſſoris, in perſonali perſona debitoris. eoque adſpectu tam actionis realis quàm perſonalis quid ni mater ſit, quæ ſub forma judiciali lateat. Aliàs ſi reſpectu obligationis alia eſſet aduerſus rem, alia aduerſus perſonam, fieri vix poteſt, vt non incidamus in errorem donelli *ad. §. 1. Inſt. de Act.* putantis in actione reali rem Ream eſſe; in perſonali perſonam; id quod poſtea & noſter aduerſarius ſecutus eſt 20. *conіect.* 9. cui contradiximus 4. *Membran.* 7. omnino rectè. Siquidem vt in perſonali actione perſona obligata eſt

ſignum

ſignum & ſignatum, ſignificans actori, quò dirigi actio non ſolùm debeat, ſed & quæ perſona conueniri: ita in actione reali res eſt ſignum oſtendens, quò dirigi actio debeat, & perſona poſſeſſoris ſignatum, ſignificans, quę conuenire oporteat *fac. l.13.§.1.de Minor.* §.1.*Inſt.de Act.l.fin.§.2.C.de jur.delib.l.2.C.Si. vn. ex plurib.* vt in quouis onere reali *l.19.l.36.de jur. fiſc. l.5.de cenſib. l.39.§.5.de legat.1.l.7.de public.*

CAP. VI.

Non ſatis eſſe, vt dicamus occaſione furti condictionem Furtiuam competere, niſi addatur, ex qua cauſa principaliter detur.

CONdictio furtiuâ ſi non ex delicto naturam ſuam, quam habet, ſortiatur, competit *proprio quodam jure* (contra naturam obligationis ex contractu, vel quaſi, delicti item vel quaſi) ex rei, quatenus noſtræ, ſeu, quod idem eſt, non datæ, & quoniam ablatæ, ideò dandæ faciendæ figura, *fac. l.1. de obl. & Act.* Non quidem vt ex figura facti iſtius extrinſeca obligatio naſcatur, ſed ex ipſa natura conſtitutioneque cauſæ, propter quam placuit odio furum condictione hac fures teneri; *arg. l.38. de obl. & act.* præſuppoſito furto, non principaliter ex furto. Quid ergo dicemus? an condictionem furtiuam non ex furto

oriri ſed eius occaſione? aut cur occaſione furti magis quàm ex furto? poſteaquam nullæ obligationes ex delicto naſcerētur, ſi omnis ad delinquendum occaſio deficeret. Ita ſentio: aliud eſſe veritatem, aliud occaſionem, *l.7.§.3.de Ad l.Iul. maieſt.* juxta veritatem, requiſita vniuſcuiuſque actionis expendi debere, non item juxta occaſionem, quæ vt caſu fit, ſi adeſt, ita caſu variante variet plerumque. Iam verò furtum præ ſupponitur, ac quidem vniforme, ſemper, & neceſſariò, condictione iſthac competente. plane vt abeſſe nunquam poſſit, aut more occaſionis iſtiuſcemodi, quæ definiente Feſto ſit opportunitas facti caſu præuenientis, eſſe adiunctum non neceſſarium, varium & mutabile. Non igitur furtum eſt occaſio condictionis, aut ſi eſt, erit non alia, quam mors occaſio capiendi in donatione cauſa mortis *fac. l. 31. de donat. cauſi mort.* traditio rei alienæ occaſio vſucapionis *l. 33. D. tit.* Ex morte non donatio cauſa mortis tam oritur, quam propter liberalitatem in euentum mortis exercendam exercetur. traditio rei alienæ non tam eſt cauſa vſucapionis, quàm ex traditione poſſeſſio tempore lege definito continuata. Actio tributoria non aliter competit, quàm dolo interueniente, non tamē ex dolo tam competit *l.8. de Tribut. act.* quàm ex contractu. Item omnis pecunia exſoluta eſſe debet,

bet, aut eo nomine ſatisfactum, vt naſcatur pigneratitia actio *l. 9. §. 3. de pignerat. act.* non tamen ex ſolutione tam competit, quàm ex contractu pignoris, per quem creditor, qui pignus accepit, re obligatur, §. *vlt. Inſt. Quib. mod. re contras. obl.* Mutuum, commodatum, pignus, depoſitum, verborum & literarum obligatio non fiunt, niſi præſuppoſito conſenſu *l.1.§.3.D.de pact.* non tamen ex conſenſu principaliter iſtas obligationes deduci pluſquam notum eſt. Condictio furtiua propriè ex furto vix datur, aut furti occaſione magis, quàm ſi ſuſtineas occaſione conſenſus obligationes mutui, depoſiti, pignoris, commodati, verborum & literarum contrahi, quæ propriè ex re, ex verbis & literis perficiantur. Vnaquæque obligatio ſuam habet occaſionem, qúæ contrahi eam ſoleat adiuuare. Non tamen vt obligatio propterea naſcatur ex occaſione magis, quàm vnde ſolemne eam produci. Actionem ad ex hibendum, vel rei vindicationem ponamus inſtitui contra furem, quatenus habet poſſidetur rem alienam: non certè metiri inde velimus actiones haſce, earumque veram originem & naturam, ſed ex ſua ſuarum cauſarum figura *l. 1. de obl. & Act.* vt non dicam, intolerabile quàm ſit, ſi dicas, condictionem furtiuam propterea habere aliam naturam, quàm actiones ex delicto merè vel mixtim rei perſecutorias, quòd

occaſione furti detur, non ex furto. Occaſio nuſpiam refertur inter modos contrahendæ obligationis, nedum inter cauſas producendæ actionis, nedum vt tales actiones producat, quæ quia ex occaſione delicti proficiſcantur, ideò ab actionibus ex delicto debeant ſeparari, naturamque actionum ex contractu vel quaſi adſumere. Condictio furtiua aut ex delicto ſuam habet naturam, & ſuperuacanea omnis eſt diſputatio, vtrum furtum ſit occaſio, ex qua oriatur. Aut ex quaſi contractu, aut proprio jure ex ſua ſuæ cauſæ figura *juxt. l.* 1. *de obl. & Act.* deduci poteſt, alterutro caſu ecquis curet, vtrum in condictione furtiua fur tum ſit occaſio, cum ſiue occaſio ſit, ſiue non ſit, deciſio inde nulla reſultet, quæ eapropter melior. niſi quod, furtum dum occaſio eſſe præſupponitur condictionis furtiuæ, inde efficiatur ex alia cauſa debere naturam ejus indicari, quàm ex delicto vel quaſi. Quid ergo? Cauſa demum, ex qua condictio naſcitur, intuenda eſt, vtrum aduerſus heredem in ſolidum detur, nec ne. Etenim ſi ex quaſi contractu eam cenſeas, omnes ſcimus aduerſus heredem eam in ſolidum competituram. Sin proprio jure ex ſuâ ſuæ cauſæ figura, *juxt. l.* 1. *de obl. & Act.* conſtare debet, quam ei naturam legiſlator noſter contulerit, vtrum ſine quaſi contractus figura talem, quæ, ſicuti in actionibus ex quaſi

quaſi contractu obſeruatur, in ſolidum aduerſus heredem amet tranſmitti, vtrum ex delicto talem. Siquidem vtroq; hoc caſu condictionem à regula neceſſe ſit excipi, *vid ſupr. c.2.* alias regulariter ex delicto citra adſpectum ad jus ſpeciale fieri non poteſt, vt in ſolidum aduerſus heredem detur. *vid. infr.* Sanè qui ad principia contuentur, valde hæc curant. Et tamen Antonius Faber 80. *decad. err.* 3. ex Ioannis Ignei *ad l. Caius num.* 27. *D. Ad. SC. Syllan.* aut Donelli *ad l. vnic. C. ex delict. defunct.* vt videtur, ſententia docet *aliud eſſe, ſi quis agat de delicto: aliud verò ſi quis agat de rei perſecutione ob delictum, licet ea actio inſtituatur, quæ ex delicto pendeat.* Diſtinctio, quæ in legibus noſtris, ſine quibus loqui erubeſcimus, nullibi comparet. De delicto agere ecquid eſt aliud, quam ex delicto agere & vice verſa *fac. Rubr. Inſt. de obl. ex delict. l. 6. §. 1. D. Comm. diuid. l. 8. §. 1. D. de Tranſact.* Actio tributoria, quoniam non de dolo ſit actio, *l.* 8. *de Trib. act.* idcirco non ex dolo, ſed ex contractu eſt actio, *vid. Infr.* Vnde condictio furtiua ſi non de delicto ſit actio, ſed de rei perſecutione, prout Faber opinatur *d. loc.* fateatur neceſſe eſt, non ex delicto eam deſcendere, ſed ex quaſi contractu, reique perſecutione, *arg. l.* 7. *§.* 1. *D. depoſ.* Quod tamen admittit nuſpiam, *vid.* 80. *decad. err.* 1. deinde actione furti ad pœnam cum agimus, de delicto & ex delicto agimus

ob pœnam conſequendam.neque maiori neque minori orationis proprietate de pœna ob delictum quā de delicto ob pœnam.de bonis alterius dare,& propter bona alterius aliquid de ſuo dare differũt *l.50.in fin. de pecul.l.1.§.14. in fin.D.de Coniung.cum emancip.* Ex delicto furis agere eſt ob delictum furis agere *l.* 41. ibi *ex culpa D. de Adminiſtr. & peric.tut.conf.l.*3.§.1. *D. Ad. l. Iul. de vi publ.l.* 1. §. *ex incendio D. de Incend. ruin.* ſicuti ex reſcripto eſt ob reſcriptum *l.1.§.ſi quis D.d. Appell. l.5.de Accuſat.* ex neceſſitate idem, quod eſt ob neceſſitatem *l.* 17. *D. de Sponſal.* Ex mora, ob moram *l.* 10. *de rect. & publ.&* è contra ob furtum,ex furto *l.* 9.§.6.*de pecul.* Qui docent condictionem furtiuam eſſe actionem ex quaſi contractu vel ſimili figura, illis licet condictionis huius originem deriuare ex rei perſecutoria figura propter delictum *fac.l.vnic.C.51.ſeruu. extero,* ceu incidens, non cauſam principalem faciens *vid.* Ioann.Fabr.*ad.§.pœnales Inſt.de perpet. & temp.* Petr. Barboſ. *ad l.* 15. *de judic. num.* 136. *&* 137. Atat ex delicto Faber condictionis huius naturam æſtimat paſſim. Igitur errat, dum ait in condictione hac agi de rei perſecutione ob delictum non ex delicto. Quandoquidem ex delicto & ob delictum fur teneri dicitur eadem coniunctionis proprietate, qua,quod fuerit ſubſecutum ex eo & ob id, quod interdicente lege factum eſt, caſſum atque inutile

eſſe

eſſe præcipitur *in l.5. C.de legib.* Multò minus vt ſciam, quo tandem intellectus acumine defendi poſſit, condictionem furtiuam, quoniam oriatur ex delicto, & detur de rei perſecutione ob delictum, ideo aliam habere naturam, quam ſi daretur ex delicto ob rem recipiendam. Næ expendi hæc debuiſſent, vtrum vllam juris ſententiam exprimant. Actionem ex delicto, qua rem perſequimur negamus adverſus heredem regulariter in ſolidum competere. Negamus condictionem furtiuam, quia detur ex delicto de rei perſecutione, vel ob delictum, ideo aliam habere naturam, quàm actiones ceteras ex delicto merè rei perſecutorias *vid. infr.* Negamus denique ex dolo defuncti agi poſſe aliquando magis aduerſus heredem in ſolidum, quàm propter dolum defuncti. Notabilis error 80. *decad.err.4.in fin.* Ignorantis ex cauſa depoſiti, commodati, mandati, tutelæ & negotiorum geſtorum propter dolum malum defuncti heredem in ſolidum teneri *l.12. de obl. & Act.* Ex dolo dari ſolam actionem de *dolo*, eamque nunquam vltra id, quod peruenit, aduerſus heredem extendi *l.17. l.26. l.28. de dol. mal.*

CAP. VII.

Condictionem furtiuam ex alia cauſa quàm ex delicto naſci.

SCimus omnem condictionem in fure degenerare. Bartol. *in l.* 4.*§*.1. *de Reb. cred.* primùm in eo, quod nulla condictio detur Domino, qua rem ſuam ſibi dari oportere contendat. Deinde quòd omnis alia condictio detur ob rem datam *conf. Rubric. D. Si cert. pet. Rubric. de Condict. ob. cauſ. dat. non ſecut. Rubric. de Cond. indeb. Rubric. de Condict. ob turp. cauſ. Rubr. de cond. ſin. cauſ.* vtrumque aliter quod ſeſe habet in condictione furtiua *l. vlt. D. vſufruct. quemad. cau.* §. 26. *Inſt. de Rer. diuiſi §.* 14. *Inſt. de Act. l.*1.*l.*12.*D. de Cond. furt. l.*1.*in fin. D. de Cond. Tritic.* Quippe qua res ſua ceu debita, quâ res non data ceu data repetitur. Tantum abeſt, degenerare eam videri in eo, quaſi condicere ideo rem noſtram videamur à fure, quòd ejus opinione rei ablatæ non ſimus amplius Domini, prout à Gothofredo adnotatum videtur, *ad. d. l. vlt.* Fur, rem meam quemadmodum furari poſſit, qui animum Domini & non furis in re mea contrectanda primitus habuerit, non intelligo *conf. l.* 41. *in fin. Ad. l. Aquil.* Furtum non eripit Dominium ei, cui ſurrepta res eſt, ſed poſſeſſionem interuertit *l.*1.*& paſſ. D. de furt.* vt non dicam fruſtra opinio-

opinionem furis adduci pro jure contra conſcientiam furis, furari ſe ſcire qui debeat, neque ex furto ſuo rei ablatæ ſe fieri poſſe Dominum *fac.l.13.de Reb. cred.* præterquam quòd ſi rei nobis ablatæ non maneremus Domini, non degeneraret hæc condictio in fure, ſed naturam condictionis vulgaris retineret, non apteque diceretur Domino competere *juxt. l.1. de Cond. furt.* Cæteræ condictiones competunt iis, qui rei datæ fuerunt Domini, ad eoque eo ipſo, dum condictionem eligunt cauſam Dominii relinquunt *l.6.§.5. l.24. l.25.de Act.rer. Amot.l.1. de priuat.del.* Vnde Sabinus etiam probauit perpetuò veterum opinionem exiſtimantium, id, quod ex iniuſtâ cauſa apud aliquem ſit, poſſe condici *l.6. de Cond. ob turp. cauſ.* perpetuo, inquit Sabinus, vt intelligeremus (exempli cauſa obiter vt hoc interſeram) res extinctas à quibuſque, qui ex iniuſta cauſa poſſeſſores earum fuerint, poſſe quoque condici *juxt.§.26. Inſt. de Rer.diuiſi.* aut ferente ita rei cauſa, ex *cauſa non ſecuta* repeti *l. 39. de mort. cauſ. don.* non verò condictione quaſi furtiuâ, prout Ioh. Math. Magnus opinatur *2.ration. & different.jur. c.3. in fin.* Condictio ſiquidem ex iniuſta cauſa eſt generalior, quàm vt condictionem quaſi furtiuam excogitare interpreti liceat, multo minus vt voluerit legiſlator condictionem furtiuam aduerſus quoſqis poſſeſſores ampliare

in

in d. §. 26. extra odium furum, ſine quo fuiſſet, ne condictionem quidem furtiuam indulſiſſet contra naturam omnium Condictionum §. 14. *Inſt. de Act.* quibus in judicio inſtitutis, res data vt debita repetatur, nulla Dominii ratione habita. In condictione autem furtiua, vbi in iudicio inſtituta fuerit, ſola non omittitur Dominium ſed facto ſuo non amiſſum *fac. l.* 12. *de Cond. furt.* ceu debitum vnà repetitur. Et hoc eſt, quod dicitur vnam condictionem furtiuam Domino competere *l.* 1. *de Cond. furt. l. vlt. V ſufr. quemad. cau.* Aliter quàm actiones commodati, depoſiti pignoris, quibus res noſtras condicimus vi contractus, omiſſa Dominii mentione, multò magis prærogatiua. Condictio porro furtiua non concepta eſt in delictum vel dolum. Ergo alia ex cauſa dari vtique videtur *fac. l.* 9. §. 1. *Quod falſ. tut.* Aut inuenta præſupponatur intuitu delicti. Ceterùm id qui amat, quæſo attendat ad nomen, quod habet à re petita, ſicuti condictio certi, Donell. 2. *Comm.* 2. Quid enim ſi condictio furtiua nomen habet à cauſa ſeu re furtiua, cur non etiam inde haberet ſuum robur? Vſura pecuniæ non ex ipſo pecuniæ corpore, ſed ex alia cauſa eſt, id eſt, noua obligatione *l.* 121. *de v. Sign.* Similiter condictio furtiua non ex furto eſt, vt actio furti, ſed ex alia eaque furtiua cauſa eſt, id eſt, alia obligatione. Huc accedit, quàm male rei

perſe-

perſecutionem Dominus *extrinſecus* habere diceretur, quam aut vindicando aut condicendo poſſit auferre §. *vlt. Inſt. de obl. ex delict.* niſi verbum *extrinſecus* ibi accipiatur pro extra cauſam delicti vel quaſi. Sane vindicatio ſicuti non eo etiam caſu, quo contra poſſeſſorem furem inſtituitur, proptera ex delicto datur aut competit. Ita nec condictio furtiua vtut contra furem inſtituatur *l.* 13. §. 3. *de iureiur.* Ratio, quæ fecit vt paſſim vtraque hæc actio coniungi, alteraque apud alteram poni fere ſoleat *D.* §. *vlt. l.* 24. *D. Rer. Amot. l.* 1. *de priuat. del.* ſcilicet vt cognoſceremus vtramque Domino competere, vtramque ex re petita proficiſci §. 14. *&* 15. *Inſt. de Act. d. l.* 1. *l.* 7. §. 1. *de Cond. furt.* In furti, legis Aquiliæ, ſimilique actione, quæ ex delicto & ad pœnam datur, ex pluribus delinquentibus ſinguli in ſolidum tenentur *l.* 11. §. 2. *D. Ad. l. Aquil. l.* 1. *C. de Cond. furt.* In condictione furtiua, quod vnus ſoluit, alterum liberat *d. l.* 1. ex qua tandem ratione: an non quoniam ex delicto non detur & iniquum ſit idem bis exigi *l.* 57. *de Reg. jur.* Hoc eſt, rem vltra rem, ex qua & ob quam ſolam ſine pœna viſum fuit hanc actionem introducere? Fur vt aliis adhuc actionibus quàm furti, quàm vindicatione & ad exhibendum actione teneretur, non inſpecto delicto, quod fecit, obligari placuit odioque furum condictione teneri *d.* §. 14. *Inſt. de Act.*

eodem,

eodem, vt videtur, modo, quo condictio ob turpem vel iniuſtam cauſam datur ex ſua ſuæ cauſæ figura, vtut delinquere non parum videatur, qui ob rem turpem vel iniuſtam accipere pecuniam non dubitârit *l. fin. D. depoſ. l. 5. de tut. & rat. diſtrah. l. 7. l. 2. de Cond. ob turp. cauſ.* aut vtique ſi cauſa furtiua, ex qua condictio hæc datur, non aliud eſſet, quàm ipſum furtum, cur nullo in loco dari ex furto, cur ex facto à furto diuerſo *l. 76. in fin. D. de furt.* cur omnibus in locis dari ex cauſa furtiua diceretur *conf. Rubric. cum. l. 1. l. 2. l. 3. l. 5. l. 8. l. 9. l. 16. l. 18. de Cond. furt. l. 8. §. vlt. de liberat. legat. l. 9. §. 1. de Reb. cred. l. 47. D. pro Soc. l. 1. §. vlt. de Cond. trit. l. 30. de iureiur. l. 14. Commodat. l. 94. §. 2. de Solut. l. 29. §. 1. de v. obl. l. 3. §. 12. de pecul. l. 6. §. 3. D. Rer. Amot. l. 2. §. 3. D. de priuat. del.* Ex formularum diuerſitate cognoſcitur originis diuerſitas. Is qui condictione hac agit, ait Aduerſarium ſibi dare oportere ex cauſa furtiua vel condictionis *dd. ll. l. 30. de Act. empt.* Qui furti agit, ait eum ex furto obligatum eſſe. Aliud eſt cauſa furtiua, aliud furtum *vid. l. 23. de v. Sign.* Cauſa furtiua eſt rei furto ablatæ conditio, *arg. l. vlt. de v. Sign.* quæ à furto paſſim diſtinguitur *d. l. 30. de Act. empt. l. 30. de iureiur. d. l. 94. §. 2. de Solut. l. 9. §. 6. de pecul.* ceu res cum ſua acceſſione. Non aliam vt reor ob cauſam, quã vt inde diſcamus, hac condictione cur heres furis in ſolidum teneri poſſit *juxt. l. 9. de Cond. furt,*

furt. nimirum quia non voluerit legiſlator, vt ex delicto dari cenſeretur, ſed ex cauſa cjus, hoc eſt, corpore & re omni, quam habiturus eſſet actor, ſi furtum ei non eſſet factum, *arg. l.* 75. *l. vlt. D. de v. Sign. l.* 31. *de Reb. cred. Rubric. de vſur. fruct. & cauſ.* Cauſa namque ob quam furtum fit, eſt res non data *fac. l.* 14. *de Teſtam. tut.* Quæ proinde dicitur cauſa furtiua, hoc eſt, vitio furti affecta *fac. §.* 8. *Inſt. de vſuc. l.* 11. *§.* 2. *de publician. l.* 48. *§.* 1. *in fin. D. de Acq. rer. dom.* vt ſciamus condictionem hanc æſtimari ex eo, quod habiturus eſſet actor, ſi furtum ei factum non eſſet *l.* 38. *§.* 4. *D. de vſur. l.* 20. *de Rei vind.* hoc eſt, non ex vitio rei, ſed ex re vitioſa cum eo, quod intereſt *l.* 3. *de Cond. furt.* Vt talis cenſeatur, qualis à materia demonſtratur. *l. emptione §. qui autem de Act. empt* Alibi alius de crimine cognoſcit, alius de cauſa criminis judicat, *l.* 6. *de publ. jud.* quatenus in re pecuniaria reddenda conſiſtit. plane vt tam inſolens non videatur, ſi cauſa furtiua à crimine furti diſtinguatur. Quòd ſi autem ex furto ceu cauſa proxima deduceretur hæc condictio, mentio furti in formula eius fuiſſet facienda. Tum etiam ſententia ſuper furto pronuntiaretur, & per conſequens ratio nulla foret, quare in ea ceſſare infamia, quandoquidem ex delicto famoſo penderet, non ex cauſa famoſa *fac. l.* 36. *de obl. & act.* ſi ex furto cenſeretur. Atqui mentio furti ſi fieret in for-

mula, judexue ſuper furto pronuntiaret, fur eſſet debitor ex delicto *l. 14. de hered. pet. Rubric. Inſt. de óbl. ex delict.* §. 2. *Inſt. de pœn. tem. litig. l. 9. §. 6. D. de pecul. l. 12. de v. Sign.* Sed enim fur, contra quem condictio furtiuâ intentatur, non diciur ex delicto eſſe debitor, verùm ex cauſa condictionis *l. 30. de act. empt. l. 29. §. 1. de v. obl. l. 94. §. 2. de Solut. l. 9. §. 6. D. de pecul.* Cauſa verò Condictionis eſt res à fure ablata, éx qua Reus obligetur *l. 7. §. 1.* (vbi *actio* metonymicè pro ipſa re) *de Cond. furt.* more & exemplo ceterarum obligationum ex re contractarum, *fac. tit. Inſt. Quib. mod. re contrah obl.* etſi ſine more & exemplo condictionum reſpectu Dominii §. 14. *Inſt. de Act.* Neque adeò ab re tam abludere hæc credendum. Vbi ex re actio venit *l. 29. Comm. diuid.* furioſus & pupillus obligantur etiam ſine curatore vel tutoris auctoritate *l. 46. de obl. & Act.* quamuis cum eorum tutoribus & curatoribus agi oporteat, non poſſit cum eis *l. 48. in fin. de legat. 2.* Idemque obſeruatur in condictione furtiua, ſi furioſi & infantes furis heredes neceſſarii exiſtant *l. 2. de cond. furt.* Argumentum, ex quo colligas non ex delicto, ſed ex cauſa furtiua, hoc eſt, ex ipſa re ablata condictionem hanc competere *fac. l. 1.* ibi *in re D. de Cond. furt. l. 56. §. 1. l. 66. de furt. l. 42. de vſurpat. l. 61.* ibi *ex re furtiua D. de furt. l. 84. de furt.* vtpote in qua nihil vltra rem ablatam

veniat

veniat; id, quod obligationum, quæ re contrahuntur, proprium *fac.l.17.de pact.l.11.§.pen. D.de Reb. cred.l. 9. C.de non num.pec.* Neque id iterùm inſolens. Condictio hæc competit ex ipſa re, hoc eſt, ipſa rei quaſi datæ perſecutione à parte actoris *§. vlt. Inſt. de obl.ex del.* ex re ſibi non data à parte Rei *l.7.in fin.l. 8.in.princ. D.de Cond.furt.* Quæ figura eſt vna vnius cauſæ figura, duplicem vtut reſpectum habeat. Res ſua eſt, qua eam hac actione actor perſequitur, eadem res à parte Rei adſpicitur ceu non data, ideoque Domino reſtituenda. Delictum nihil commune habet cum re ablata, ſeu non data, *fac. l.20.D.de minor.* Igitur ex rei furtiuæ figura oriri condictionem hanc dum dicimus, eo poſito jure rectè defendimus condictionem furtiuam non minus aduerſus heredes in ſolidum dari, vt nec magis ex delicto proficiſci, quàm actio depoſiti in ſolidum datur, & non ex delicto tunc, cum, qui pecuniam accipit, vt depoſitum reddat, delinquit, & tamen dum depoſiti cum eo agitur, vt pecuniam turpiter acceptam reddat, non propterea actione depoſiti conueniatur ex delicto *l. fin. D. depoſ. l. 5. D. de Tut. & rat.* Adeò contractibus ſimilem habere naturam videtur condictio hæc, non delictis. Actiones ex delicto competunt ex re, id eſt, maleficio *l.5.de obl.& Act. In princ.Inſt.de obl.ex delict.* Aliter ex re competit hæc condictio ac qui-

dem iſto ſenſu, quo ex re dicitur actio naſci, quæ ex contractu aliquo reali deſcendit. Siquidem ideo cum obligationibus, ex re contractis comparatur non ſolùm in *l.16.de Cond. furt.* ſed adfinitatem habere videtur non improbabilem. Nam vtique is, cui mutuum damus, cui commodamus, apud quem rem noſtram deponimus, cui denique pignus tradidimus, ſicuti ex re obligatur quoniam eam acceperit & reſtituere teneatur *l.1.§.2.§.3.4. 5.& 6.de obl. & Act.* Ita fur ex cauſa ſeu re obligatur, quoniam eam (vtut malo more) acceperit, & reſtituere teneatur. Ratio, quæ nos mouit, vt tentaremus, vtrum hæc condictio non ex quaſi contractu debeat cenſeri *vid.c. ſeq.* Aut ſaltem non aliter condenſantur argumenta. Quid? in contractibus mora purgari poteſt offerendo *l.91.§.3.de v.obl.* Idem juris eſt in condictione furtiua *l.8. de Cond. furt.* Immo quod magis eſt, contra furis heredem datur, qui furtum non fecerit: ac quidem in ſolidum *l.9.de Cond.furt.* Ex quo efficitur, aliam eſſe huius condictionis naturam, aliam actionis ex delicto, idque propter regulam, quæ eſt, actiones ex delicto vel quaſi, etiam merè rei perſecutorias aduerſus heredem non in ſolidum, ſed de eo, quod ad eum peruenit, ſolummodo dari, *vid.ſupr.c.1.* Quid multis? paciſci de furto licet *l.7.§.14.de pact.* Damnoque furti per pactionem legitimam

deciſo agere furti amplius non licet *l.* 13. *C. de furt. d. l.* 17. §. 1. *de pact.* Iam verò condictio furtiua ſi foret actio, quæ ex furto competeret, dareturque, deciſo furti damno, extingueretur vnà ipſo jure *d. l.* 17. §. 1. Atenimuero propter deciſionem talem, vtut reſpectu furti generalem; non extinguitur *l.* 7. *D. de Cond. furt.* Forte, optimumque argumentum, ex quo concludas, condictionem hanc ex alia cauſa, non ex furte principaliter oriri. Quòd ſi enim ex furto ſolo natura ejus æſtimaretur, fieret, vt furto poſito condictio furtiua ſemper naſceretur. Atqui liberi hominis nomine furti actio eſt, non condictio furtiua *l.* 38. §. 1. *de furt.* item is, cuius ope conſilio furtum factum, actione furti tenetur, non condictione furtiuâ, *l.* 6. *de Cond. furt.* Sicuti è contra furis heres condictione furtiua tenetur, non furti actione *l.* 13. §. 2. *D. de Iureiur.* Vnde haud perperam deducitur, condictionem hanc ex furto proximè non naſci. Quandoquidem cauſa proxima in actu poſita, ponatur aliàs effectus & econtra *vid.* Iuſt. Meier. *ad pandect. hoc tit.* Tum etiam ex delicto, quod furtum appellatur, ſi condictio hæc procederet, fieret vt ſeruus, quod ab alio ſurripuit, ejus nomine liber furti teneretur non ſolùm, ſed & condici ei poſſet *juxt. l.* 14. *de obl. & Act. l.* 4. *C. An ſeru. ex ſuo fact.* quoniam ſerui delictum, actionem, quam non parit in ſeruitute, parit in

libertate, Goth. *ad d. l.*4. Contrà conſtat eum liberum furti teneri, non condictione *l.*15. *de Condict. furt.* 16. Goth. *ex Bartol.* Igitur ex alia iterum cauſa tenetur, quam ex furto is, qui condictione furtiua conuenitur *fac. l.* 1. *l. vlt. C. An ſeru. ex ſuo fact. l.* 19. §. 1. *D. Negot. geſt.* Immo ex quaſi contractu *fac. l.*43: *in fin. D. de obl. & Act.* Quid ita? Quod quis dum ſeruus fuit, malè egit, libero facto proficere non poteſt *l.* 146. *de Reg. iur.* Atat proficeret delictum libero, quod in ſeruitute commiſit, ſi quomodo furti actio, ita hæc condictio ex delicto deſcenderet, atque ab ea liber foret. Actio furti ex delicto eſt, eapropter ſeruus ex furto, quod in ſeruitute fecit, liber factus etiamnum tenetur *d. l.* 15. *d.* 4. ne quod turpiter in ſeruitute fecit, libero proficiat *contr. l.* 4. §. *pomponius ait D. de his qui not. infam.* Aliud juris eſt in negotiis in ſeruitute geſtis citra delicti figuram *l.* 5. *l.* 6. *in princ. l.* 1. & 2. *C. an Seru. pro ſuo fact.* Nam actionibus, inde quæ proficiſcuntur, eum poſt manumiſſionem inquietari, non eſt æquum. *d. l. l. l.* 2. *l.* 5. & 6. Probatio certè non inualida. Condictionem eſſe ex ſimili negotii geſti figura, poſteaquam ſimile jus in ea obſeruetur *l.* 15. *de Cond. furt.* Probatio, quam vltra juuet poſitio Rubricæ *de condictione furtiua* in ea digeſtorum parte, quæ de REBVS inſcribitur & tractat, in qua nulla ex delicto actio comparet. Sed enim

poſita

poſita eſt inter obligationes ex re: Condictio hæc ex figura rei furtiuæ competit : non temerè, quoniam Compilatoribus *pandectarum* propoſitum fuit ea, quæ de eodem pene loquuntur, in confinio ponere, *vid. Conſt. de confirm. digeſt. ad Senat. & omn. pop.* §. 5. Quid? ſi recte ſentio : legiſlator Romanus noluit hoc caſu tale jus introducere, quod ex delicto actionem daret, cuius beneficio actor nihil vltra ſuum reciperet: Solitus ex maleficio vel quaſi damnum paſſo ſuccurrere actione magis pœnali. Condictio hæc nullo modo pœnalis eſt, ſi ex delicto ortus ejus non eſt. Actio quæ ex delicto eſt, omnis eſt pœnalis, videlicet aut pœnæ nomine introducta, ſi merè rei perſecutoria eſt *l.* 10. *de bon. auth. jud. poſſ. l.* 7. *de Alien. judic. mut.* aut pœnæ perſequendæ, ſi merè pœnalis eſt. §. 2. *Inſt. de perp. & temp. act.*

CAP. VIII.

Cauſam furtiuam, ex qua condictio furtiua competit & datur, propius ad quaſi contractus naturam videri accedere, quam delicti.

REcte dicimus, condictionem furtiuam non eſſe actionem propriè ex contractu; interea ſi cui lubeat extra delictum eam adſpicere, eademque ſub regula, quâ ceteræ ex

quaſi contractu obligationes reguntur, comprehendere, *conſ.* petr. Loriot. *de Apic. juris, tit de Tut. ax.* 73. Iuſt. Meier. *ad. pand. tit. de condict. furt.* hoc eſt talem ei aut ſimilem naturam non negare, qualem ei dedimus, *cap. præced.* ei cum nullis juris principiis aut regulis pugnam fore. Nam cum obligatio ex quaſi contractu non differat quoad naturam tranſmittendæ actionis ab obligatione ex vero contractu. *conſ. tot. tit. C. de hered. act.* Bartol. *in l. defuncto D. de publ. jud.* Vaſqui. 3. *illuſtr. quæſt.* 96. *num.* 19. Franc. Caldas. 3. *part. relect. ad. l. vnic. C. ex delict. defunct.* bellè efficeretur inde, conditionem furtiuam modo regulari aduerſus heredem in ſolidum competere, *vid. ſupr. c.* 1. licitum eſt latiſſimè contractuum ſimilitudinem extendere. Quinimo vel ipſum crimen dicitur contrahi *l.* 3. §. 4. *Ad. SC. Syllan. l.* 4. *de publican. l.* 15. *de donat.* voluntariè & inuoluntariè, *l.* 1. *de legib.* plane vt ex delicto ſit actio, quæ ex malè contractu eſt, & econtra *l.* 52. *de Re judic.* Vtut Faber reciprocationem hanc non admittat 78. *decad. err.* 6. quod miror. Si placet: Obligatio furtiua inter Dominum & furem quaſi ex re contracta intelligatur. Quid extimeſcimus ex quaſi contractu eam cenſere, quæ ex maleficio vel quaſi proximè & immediatè non cenſeatur *fac. l.* 5. §. 1. *de obl. & Act.* §. 2. *Inſt. de oblig. ex quaſ. contract?* In veris delictis delinquentes ex conſenſu obligari,

gari, pœnæque ſeſe ſubdere volentes *arg. l. Imperatores D. de jur. fiſc. l. fin. C. Ad. l. jul. maieſt. l. fin. C. de collat. fund. patrim. libr. xi.* volunt magni multique authores *vid.* Vaſq. *de ſucceſſ. creat.* §. 10. *num. 665. cum ſeq.* Alciat. *Reg. 3. præſumpt. 95. num. 4.* franc. Caldas 3. *relect. ad l. vnic. C. ex del. defunct. num. 9.* Quodque plus eſt, furem contrahere videri cum Domino rei ſubtractæ, vel cum eo, cuius intereſt rem non ſurripi, & pariter cum lege publica, quæ furtum prohibet, *arg. l. 7. de legib.* nominatim tradere auſus eſt petr. Gregorius 37. *Syntagm. c. 1. num. 21.* Non quidem vt hæc probem. probo hactenus, ne nimis durum exiſtimes, ſi obligatio ex re furtiua contracta quaſi contractui ſimilior eſſe defendatur, quàm delicto. Dogma ſimilitudinis, quod ex Bartholo Gothofredus etiam obſeruaſſe videtur *ad l. 15. D. de cond. furt.* Neque video, hinc quid periculi? ſimilem actioni ex quaſi contractu cum facimus hanc condictionem, adæquamus duntaxat eam eidem, non facimus eandem. Ac quidem eâdem licentiâ, qua licet omnes eas actiones, quæ ex contracti negotii ſpecie deſcendunt proprium nomen non habente, vocare in factum actiones *l. 1. D. præſer. verb.* eodemque cum effectu exercere, tamẽ etſi nulla eorum negotiorum fiat mentio *in tit. Inſt. de obl. ex quaſ. contr. l. 5. de obl. & Act.* Iam ſcimus cauſas obligationum ex quaſi contractu, non qui-

dem à legiſlatore noſtro veris contractibus adnumerari, ſed iis propter ſimilitudinem, quam habent cum iiſdem, adæquari *l. 5. de obl. & Act. in princ. Inſt. de obl. ex quaſ. contr. l. 14. §. 2. l. 29. D. commund. diuid. l. 33. de cond. Indeb.* ſeruata ea verborum proprietate, vt ad hoc ipſum deſignandum non adpellatio obligationum ex contractu his tributa ſit, ſed ſimilitudinis notâ ab illis ſint diſtinctæ, *vid.* Timæ. Fabr. *ad tit. Inſt. de obl. ex quaſ. contr.* Id quod nos non immeritò mouet, vt cum multa ſint negotia, quæ quaſi contractus nomine nuſpiam nominantur, & tamen proprio quodam jure ex ſua ſuæ cauſæ figura extra delictum obligationem & actionem pariant, *fac. l. 1. de obl. & Act.* talem naturam non ſolùm condictioni furtiuæ adſcribamus, ſed & ad normam quaſi contractuum talia negotia diiudicemus, quoties de actionibus contra heredem tranſituræ ſint nec ne, controuerſia inciderit, niſi cum heres nòn quaſi heres, ſed ſuo nomine obligari ſoleat, veluti in Rei vindicatione *l. 52. de R. vind.* in actione ad exhibendum *l. 5. l. 8. l. 12. §. 6. D. Ad exhib.* in noxalibus ſimiliſque naturæ actionibus *l. 42. §. 2. D. de noxal. act.* Condictio autem furtiua heredem furis obligat quà heredem *l. 5. l. 7. de cond. furt.* ac quidem in ſolidum, ſi ſit ſolus, ſin aliter, pro qua hereditatis parte heres ſit, non verò quatenus ad eum peruenerit. *l. 9. de cond.*

furt. Ergò ad eundem modum, quo heres ex obligationibus ex quaſi contractu obligatur, *fac.l.2.C.de magiſtr. conuen. l.1.C.de hered. tut.* §. 2.*Inſt. de ſatiſd. tut. vel. curat.* Ergo aliter quàm in actionibua ex delicto vel quaſi obſeruatur *vid. ſupr. c.*1. Ergo quid nomen contractus vel quaſi curamus, vbi res & eadem condictioni furtiuæ adeſt natura, quam contractui vel quaſi attribuit legiſlator? Rèctè omnino: negotium inter Dominum & furem de re ablata reſtituenda vix interceſſit, multo minus vt adpellari nomine quaſi contractus propriè poſſit. Quid tum. Quia ſane non ex maleficio vel quaſi condictio hæc detur, quaſi ex contractu dari videtur. Hæc ratio omnium quaſi contractuum indolem exprimit, & à legiſlatore proficiſcitur *l.5. in princ. &* §.1. §.2. *D. de obl. & Act.* §.2. §.3. §.4. §.5. *Inſt. de oblig. ex quaſi. contr.* Poteſtati legiſlatoris non contradicendum eſt: voluntati ejus in ſanctione honeſta vtilique adſurgendum eſt. Voluit condictioni furtiuæ eam conferre naturam odio furum, vt pluribus actionibus teneantur præter furti actionem, vindicationem, & ad exhibendum actionem §.14. & 15. *Inſt. de Act.* potuit faciliùs non datum in condictione hac ceu mutuò datum interpretari, quàm diſtrahendæ obligationis gratia datum, ceu contrahendæ obligationis cauſa datum. Et tamen poſterius hoc nullam dubitationem

recipit

recipit *d. l.* 5. §.3. *de obl.& Act.*§.6. *Inſt.de obl. ex quaſ.contr.*cum plerumque id accidat, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio naſcatur, veluti cum per errorem indebitum ſoluendi cauſa datur *l.*13.*in fin.D.Commodat.*idque probabilius meo judicio fuerit, quàm ſi argumento vtamur, quo alii vtuntur, dum aiunt contra patrem & Dominium de peculio dari condictionem furtiuam *l.* 3. §. 12.*de pecul.l.*19. *de cond. furt. l.* 30. *de Act.empt.* Quorum neutrum actioni quæ ex maleficio oritur ſaluis principiis tribui queat *l.* 1. *de priuat. del.l.*58. *de Reg. jur.* Non rectè. Actio de *peculio* ex cauſa furtiua nomine filii fam. vel ſerui aduerſus patrem vel Dominum non datur. Neque ratio eſt obſcura. Condictione namque furtiua tenetur non alius, quàm qui fecit furtum, vel heres eius *l.*5.*de cond.furt.* Ergo filiusfamil. tenetur condictione ſi furtum fecit, non pater. Ergo Dominus nomine ſerui ſui, qui furtum fecit noxali quidem furti actione tenetur *in princ.Inſt. de nox. act.l.*41.§.2.*de furt.* non condictione furtiua, nedum actione de peculio. Quòd autem actione de peculio patri & Domino permittatur extorquere id, quod ad eos ex furto filii fam, vel ſerui peruenit; ex æquitate introductum eſt, ne impune locupletarentur cum alterius detrimento *d.l.*3.§.12. *de pecul.l.*3. *l.*19. *de cond.furt.* vulgari jure tale jus non eſt vulgare. Qua in ſen-

tentia

tentia & rectiſſimè eſt Africanus *in l.* 30. *de Act. empt.* quatenus de ſeruo vendito & tradito, qui poſtea venditori furtum fecerit, diſputat. Alius alioquin caſus eſt ſerui cum peculio venditi & nondum traditi quem caſum *in d. l.* 30. *in princ. & in fin.* præcipuè decidat, partim vi deductionis, quam ex priuilegio Dominus ipſo jure habet *fac. l.* 1. *de Tribut. act.* igiturque ad conſequentias non producendam. *arg. l.* 14. *de legib.* partim adhibita alia condictionis ſpecie: prout inſpectâ lege latiùs cognoſci poteſt. Aut ſaltem ita mihi videtur.

Cap. IX.

Reſpondetur ad argumenta eorum, qui condictionem furtiuam ex delicto deſcendere darique ſuſtinent.

Condictionem furtiuam ex cauſa furtiua dari, non ex delicto oſtendimus hactenus. Ac quidem, vt videtur, non improbabilibus vſi argumentis. Quod ipſum vt pleniùs nunc porro exſequar, reſpondere hac in pagina conſtitui ad ea, quibus, qui contra ſentiunt, moueri & ad obligationes ex delicto hanc actionem referre conſueuerunt. Primus, aut qui præcipuam eis ita ſentiendi cauſam dedit, eſt locus Vlpiani *in l.* 10. §. 2. *D. de compenſ.*

compenſ. in quo tamen haud ſcriptum,ex maleficio condictionem furtiuam oriri. Maleficium quidem, quod furtum appellatur, eſt cauſa, ſine qua non poteſt condictio hæc exiſtere, eoquod, maleficiùm priuſquam fuerit commiſſum, initium exiſtat nullum, poſt quod naſci poſſit nedum incipere. Quia tamen vbi furtum factum fuerit, ex illius cauſa demum naſci ſoleat, non propterea ex delicto erit, ſed ex cauſa ob quam furtum factum, quæ proinde furtiua quoque vocetur. Aliud eſt ex maleficio oriri actionem. Aliud ex cauſa maleficiorum pecuniaria compenſationem admitti. Actio furti ex delicto oritur: eius cauſa pecuniaria, ad quam ex delicto agitur, quæque eſt pœna dupli vel quadrupli, compenſationem admittit, idemque eſt ſi condicatur ex cauſa furtiua *d. l.* 10. §. 2. Sed enim fruſtra dixiſſet ICtus idẽ obſeruari in condictione furtiua; ſi ex delicto pariter oriretur,vt actio furti. Comparat cauſam pecuniariam ex furto ad differentiam pœnæ corporalis cum æſtimatione rei ablatæ in condictione furtiua quoad compenſationem ſolummodo.Non reſp[illegible]rò minus vt deſcribere [illegible] ori-
ginem [illegible]
in D[illegible]
re[illegible]

actionis naturam ſingula cupienda ſunt, maxime cum cauſa furtiua de ceteris maleficiis prædicari non item poſſit *in d. l.* 10. §. 2. Condictio furtiua datur contra furem eiuſque heredem, licet non poſſideat §. *vlt. Inſt. de obl. ex maleſ.* ad conſequendam rem, quæ ſibi ob furtum abeſt, aut eius æſtimationem. Non igitur ex facto, quo res abeſt, tam datur, quàm ex ipſa re ſurrepta, quæ cauſa furtiua appellatur. In actione furti conſideratur æſtimatio, quanti vnquam res plurimi fuit *l.* 62. §. 2. *D. de furt.* propter perpetuam moram, quam fur admittit. *l.* 8. §. 1. *de cond. furt.* eadem æſtimatio non ceu pœna ſed loco rei per condictionem petitur propter eandem perpetuam moram, quam fur facit, *d. l.* 8. §. 1. aut eo mortuo res ipſa ablata loco perſonæ, donec heres eam ſoluerit, *fac. l.* 23. *in fin. D. de vſur.* Heredem namque furem non facimus: heredem moram perpetuam facere non dicimus: ſed teneri condictione propter rem reali iſto vitio affectam & infectam, quand [illegible] tatem aliàs non adire ſi voluiſſe [illegible] Neque nomine ſuo furtiua co[illegible] deli[illegible] prodit, quàm ex ca[illegible] i [illegible] citur, vt mentio[illegible] on [illegible], occulatur [illegible] oriri, aliud [illegible] *rm. vid. ſu*[illegible] o [illegible] cio: con- [illegible] 10. §. 2. *de compeſ.*

compenſ. idemque ibidem de vtraque actione dicitur, quantum ad compenſationem attinet, non quoad originem. Furtum infamat: condictio furtiua non infamat. *l.* 31. *de obl. & Act.* eodem planè ſenſu, quo violentiæ crimen infamat, interdictum *de vi* non infamat in *l.* 32. *de pœn.* Aliàs non ignoramus condictionem furtiuam pendêre ex cauſa famoſa *l.* 31. *de obl. & Act.* ſed enim ea macula, quæ non ex delicto tam infligitur, quàm pendet tantùm ex ejus cauſa, lambit & ambit tantùm, non intrat aut lædit naturam huius condictionis. Tantum abeſt, vt propterea ex cõtrectatione rei alienæ cenſeri poſſit, vt vel maximè ex ea eam haud pendere appareat, poſteaquam ex re extrinſecus ob furti mentionem fama tenus magis famoſa quàm in veritate, ſeu jure talis æſtimetur, ideoque ceſſet ignominia *juxt. d. l.* 31. Quanquam condictio hæc, famoſa etiam ſi actio eſſet, non inde probaretur, eam ex delicto eſſe, aut dari. Siquidem fide non decenter obſeruata in contractibus etiam quibuſdam infamia verſetur *l.* 1. *D. de his qui not. in fam.* Quid audio? furem, qui condictione furtiua tenetur, vrgent perpetuam moram contrahere *l. vlt. de cond. furt.* perpetuam moram naſci non poſſe, niſi ex perpetuo furto *l.* 50. *de furt.* Fateor, furem facere perpetuam moram, admitto etiam perpetuum furtum. Atenimuerò condictionem

furtiuam

furtiuam dari ex mora, perpetuam moram non eſſe, niſi ex furto, non conceſſerim. datur ex cauſa furtiua, quæ eſt ipſa res ablata cum commodo & incommodo, qualis quantaque fuiſſet ſi fur non eam abſtuliſſet, *vid. ſupr. c.* 7. Donec autem contra furem datur, non eſt mirum, perpetuam moram eum facere, quoniam, donec rem ſurreptam non reſtituerit, furtum perpetuò facere perſeueret. Fur verò ex viuis vbi deceſſerit, ex re mora vſque ad rei reſtitutionem currit, ſiue res ablata extet adhuc, ſiue extare deſierit. idque propter æſtimationem quanti plurimi, quæ loco rei ſuccedit. *l.* 8. *de Cond. furt.* non tamen vt quicquid fur faciat, & jus conſtituat odio furti, inde condictioni huic ortus ſit. Sin putes cauſam furtiuam, ex qua condictionem arceſſimus, eſſe cauſam iniuſtam, & propterea condictionem quoque debere ex delicto cenſeri. Amabo te, conuertamus cogitationis oculos ad condictionem, quæ dicitur ob cauſam turpem vel iniuſtam, *conſ. tot. tit.* Equidem quo ſenſu vtraque hæc condictio ceu delicti expers competit, daturque: ita idem dixerim de condictione ex cauſa furtiua. Scio, debet fur ex delicto *l.* 9. §. 6. *de pecul.* Quid tum? debet ex delicto reſpectu actionis furti, quæ aduerſus eum inſtitui poteſt. In quæſtione eſt, an cum condictio aduerſus eum inſtituitur, ex delicto in ea ſit debitor.

Certè hoc non decidit Vlpianus *in d. l. 9. §. 6. de pecul.* ſaltem id, quod abeſt, ſeu ſolam rei æſtimationem à furti pœnis ſeparat & diſtinguit. Decíſio extat apud Africanum *in l. 30. de Act. empt.* dum ait ex cauſa condictionis eum eſſe debitorem, non ex furto. Bifariam contra furem agitur, actione nimirum furti & condictione furtiua. Fur vtrâque tenetur, diuerſa tamen ex cauſa eſt vtraque. Id probatur ex *l. 13. §. 2. de Iureiur.* vbi, qui jurauit furtum ſe non feciſſe, furti actione non tenetur, condictione hac tenetur, ſi furis heres exiſtat. Ergo non ex furto tenetur, *vid. ſupr. c. 7.* Vnde, ſi quis jurauerit furtum ſe non feciſſe, deinde rem furtiuam contrectet, furti quidem actio perimitur, rei tamen perſecutio Domino ſeruatur *l. 52. §. 27. de furt.* Ecquæ tandem rei perſecutio? Si is, qui jurârit furtum ſe non feciſſe, deinde rem furtiuam contrectârit, heres furis exiſtat, ſeruatur Domino contra eum condictio furtiuà, actio ad exhibendum, rei vindicatio *d. l. 13. §. 2.* Sin alius exiſtat, actio ad exhibendum, rei vindicatio erit iſta rei perſecutio, quæ Domino competit, *juxt. d. l. 52. §. 27.* Arbitratur Ant. Faber 4. *Coniect. c. 1.* heredem furis, ſi rem à defuncto ablatam contrectarit, furem eſſe, ideoque non tantùm condictione furtiua, ſed & furti actione teneri. Debuerat diſtinguere, vtrum animo furandi rem à defuncto ablatam denuò abſtulerit:

An verò citra talem animum mera ex ignorantia. Qui in locum alterius ſuccedit, juſtam habet cauſam ignorantiæ, an id, quod petatur, à defuncto fuerit alicui ſurreptum *l.42. de Reg.jur.* Quo proinde caſu heres furis rem alienam contrectando non facit furtum *fac. l.48.§.2.de furt.* nedum vt omnis contrectatio ſit animo furandi ablatio, *fac.d.l.52.§.27.D.de furt.* aut furtum fruſtra diceretur frauduloſa contrectatio *l.1.in fin.D. de furt.§.1. Inſt.de obl. ex del.l.45.D.pro. Soc.* Fur, qui condictione tenetur, eſt debitor ex delicto, quatenus furti actione poteſt conueniri *d. l.9.§.6.de pecul.* eſt debitor ex cauſa condictionis, quatenus ei condici poteſt. Quæ porro res facit, vt neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem conſumatur, ſed is, cui furtum factum ſit, habeat furti actionem condictionem, vindicationem, & ad exhibendum actionem *l.7.de Cond.furt.* Tralatitium eſt, vbi plura delicta plures actiones admittunt in vna re, quòd vna, non omnibus vti liceat *l.53.de obl.& Act.* At enim hoc in caſu non plura delicta in vna re plures admittunt actiones, ſed furtum actionem furti, figura cauſæ furtiuæ condictionem, figura occupati Dominii vindicationem & ad exhibendum actionem ſigillatim producit. Igitur omnibus vti permiſſum eſt ſuo juris ordine. Præterea, vt probent Aduerſarii, ex vno delicto tam

condictionem quàm furti actionem proficiſci, allegare ſolent: actionem furti bimembrem eſſe; vnam meræ pœnæ perſequendæ gratia competere, & in ſpecie actionem furti vulgò eſſe *l. 50. D. pro. Soc.* Alteram rei recipiendæ nomine dari, & condictionem furtiuam adpellari *l. 56. §. 1. D. de furt.* In ſumma furti actionem generaliùs dici interdum, vt contineat etiam condictionem furtiuam, *l. 9. l. 14. §. 16. D. de furt. l. 9. de In lit. iur. l. 3. §. vlt. D. Naut. Caupon. vid.* Iul. Pac. *ad tit. C. de Condict. furt.* Paul. Buſ: *ad l. 45. D. pro. Soc.* Traditio; quam ſimpliciter illis aut vllis confirmari nego legibus. Nam immo condictio ab actione furti diſtinguitur *in d. l. 56. §. 1.* aut reſtituta re furtiua, malè decidiſſet Iulianus vniuerſam (tam manifeſti quam non manifeſti) furti quæſtionem ſublatam eſſe ex eo, quòd in periculum maioris pœnæ fur deductus eſſet. Tum de quæſtione furti diſputatur *in d. l. 56. §. 1.* non de actione furti. In condictione quæſtio eſſe ſolet de furto. Non propterea ex furto eſt, nedùm actio furti. Neque me fugit huius opinionis Athlas, quem fingunt *in l. 71. D. de furt. vid.* Cuiac. 17. *obſ.* 12. Donell. 31. *Commentar.* 3. quaſi verò furti actio ibi ſit condictio furtiua. Tauolenus ait, *ſi is cui commodata res erat, furtum ipſius admiſit, agi cum eo & furti & commodati* poſſe: *etſi furti actum eſt, commodati actionem extingui, ſi commo-*

dati

dati actioni furti exceptio obiiciatur. Cauſa dubitandi eſt, quod condictio furtiua actionem commodati perimat & viceuerſa *l.* 34. *§.* 3. *de obl. & Act.* non item actio furti & commodati alterá alteram tollat *l.* 45. *in fin. D. pro Soc.* Ratio decidendi eſt, *in d. l.* 71. quòd actione furti cum actum fuerit priùs, actio commodati contraria extinguatur, ſi actioni commodati poſtea à commodatario ad rem commodatam retinendam inſtitutæ, exceptio furti obiiciatur à commodante. Conciliatio, inquies, noua. Ita eſt: Neque diffiteor eſſe, quod deſidero. Dum altiùs rem conſidero non diſplicet omnino. Aut quid ſi is, cui commodata res erat, furtum ipſius admiſit, cumque furti cum eo egiſſem, & poſtea commodati agere inſtituerem, exceperit rem ſibi commodatam, & ob quam furti egiſſem, furto meo ipſi, quatenus eius intererat rem retinere, ablatam ad me rediiſſe. Næ hoc caſu extinguetur actio commodati à parte mea. Sententia, quam ratio etiam fulcit, tum & *l.* 15. §. 2. *in fin. l.* 59. *de re furt.* Plane vt condictionem, quæ paſſim ab actione furti manifeſti & nec manifeſti, item furti illius improbioris in Raptore ſeparatur *vid. l.* 14. §. 16. *D. de furt.* cum actione furti non liceat confundere præſertim iis, qui originem condictionis deducere amant ex alia cauſa quàm furti: ne monſtroſa admittatur illa tandem diſtinctio, quaſi actio furti

 alia

recipit *d. l.* 5. §.3. *de obl.& Act.*§.6. *Inſt.de obl. ex quaſ.contr.* cum plerumque id accidat, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio naſcatur, veluti cum per errorem indebitum ſoluendi cauſa datur *l.*13.*in fin.D.Commodat.* idque probabilius meo judicio fuerit, quàm ſi argumento vtamur, quo alii vtuntur, dum aiunt contra patrem & Dominium de peculio dari condictionem furtiuam *l.* 3. §. 12.*de pecul.l.*19. *de cond. furt. l.* 30. *de Act.empt.* Quorum neutrum actioni quæ ex maleficio oritur ſaluis principiis tribui queat *l.* 1. *de priuat. del.l.*58. *de Reg.jur.* Non rectè. Actio de *peculio* ex cauſa furtiua nomine filii fam. vel ſerui aduerſus patrem vel Dominum non datur. Neque ratio eſt obſcura. Condictione namque furtiua tenetur non alius, quàm qui fecit furtum, vel heres eius *l.*5.*de cond.furt.* Ergo filiusfamil. tenetur condictione ſi furtum fecit, non pater. Ergo Dominus nomine ſerui ſui, qui furtum fecit noxali quidem furti actione tenetur *in princ.Inſt. de nox. act.l.*41.§.2.*de furt.* non condictione furtiua, nedum actione de peculio. Quòd autem actione de peculio patri & Domino permittatur extorquere id, quod ad eos ex furto filii fam, vel ſerui peruenit; ex æquitate introductum eſt, ne impune locupletarentur cum alterius detrimento *d.l.*3.§.12. *de pecul.l.*3. *l.* 19. *de cond.furt.* vulgari jure tale jus non eſt vulgare. Qua in ſen-

tentia

tentia & rectiſſimè eſt Africanus *in l.* 30. *de Act. empt.* quatenus de ſeruo vendito & tradito, qui poſtea venditori furtum fecerit, diſputat. Alius alioquin caſus eſt ſerui cum peculio venditi & nondum traditi quem caſum *in d. l.* 30. *in princ. & in fin.* præcipuè decidat, partim vi deductionis, quam ex priuilegio Dominus ipſo jure habet *fac. l.* 1. *de Tribut. act.* igiturque ad conſequentias non producendam. *arg. l.* 14. *de legib.* partim adhibita alia condictionis ſpecie: prout inſpectâ lege latiùs cognoſci poteſt. Aut ſaltem ita mihi videtur.

Cap. IX.

Reſpondetur ad argumenta eorum, qui condictionem furtiuam ex delicto deſcendere darique ſuſtinent.

Condictionem furtiuam ex cauſa furtiua dari, non ex delicto oſtendimus hactenus. Ac quidem, vt videtur, non improbabilibus vſi argumentis. Quod ipſum vt pleniùs nunc porro exſequar, reſpondere hac in pagina conſtitui ad ea, quibus, qui contra ſentiunt, moueri & ad obligationes ex delicto hanc actionem referre conſueuerunt. Primus, aut qui præcipuam eis ita ſentiendi cauſam dedit, eſt locus Vlpiani *in l.* 10. §. 2. *D. de compenſ.*

compenſ. in quo tamen haud ſcriptum, ex maleficio condictionem furtiuam oriri. Maleficium quidem, quod furtum appellatur, eſt cauſa, ſine qua non poteſt condictio hæc exiſtere, eoquod, maleficium priuſquam fuerit commiſſum, initium exiſtat nullum, poſt quod naſci poſſit nedum incipere. Quia tamen vbi furtum factum fuerit, ex illius cauſa demum naſci ſoleat, non propterea ex delicto erit, ſed ex cauſa ob quam furtum factum, quæ proinde furtiua quoque vocetur. Aliud eſt ex maleficio oriri actionem. Aliud ex cauſa maleficiorum pecuniaria compenſationem admitti. Actio furti ex delicto oritur: eius cauſa pecuniaria, ad quam ex delicto agitur, quæque eſt pœna dupli vel quadrupli, compenſationem admittit, idemque eſt ſi condicatur ex cauſa furtiua *d. l.* 10. §. 2. Sed enim fruſtra dixiſſet ICtus idē obſeruari in condictione furtiua; ſi ex delicto pariter oriretur, vt actio furti. Comparat cauſam pecuniariam ex furto ad differentiam pœnæ corporalis cum æſtimatione rei ablatæ in condictione furtiua quoad compenſationem ſolummodo. Non reſpexit aliò: multò minus vt deſcribere voluerit vtriuſque actionis originem. Ergo cum cauſa furtiua referri poſſit *in D. l.* 10. §. 2. ad condictionem & cauſa cæterorum maleficiorum ad actionem, quæ ex maleficio oritur, næ juxta vniuſcuiuſque

actionis

ctionis naturam ſingula cupienda ſunt, maxime cum cauſa furtiua de ceteris maleficiis prædicari non item poſſit *in d. l.* 10. §. 2. Condictio furtiua datur contra furem eiuſque heredem, licet non poſſideat §. *vlt. Inſt. de obl. ex malef.* ad conſequendam rem, quæ ſibi ob furtum abeſt, aut eius æſtimationem. Non igitur ex facto, quo res abeſt, tam datur, quàm ex ipſa re ſurrepta, quæ cauſa furtiua appellatur. In actione furti conſideratur æſtimatio, quanti vnquam res plurimi fuit *l. 62. §. 2. D. de furt.* propter perpetuam moram, quam fur admittit. *l. 8. § .1. de cond. furt.* eadem æſtimatio non ceu pœna ſed loco rei per condictionem petitur propter eandem perpetuam moram, quam fur facit, *d. l. 8. § .1.* aut eo mortuo res ipſa ablata loco perſonæ, donec heres eam ſoluerit, *fac. l. 23. in fin. D. de vſur.* Heredem namque furem non facimus: heredem moram perpetuam facere non dicimus: ſed teneri condictione propter rem reali iſto vitio affectam & infectam, quando hereditatem aliàs non adire ſi voluiſſet, potuiſſet. Neque nomine ſuo furtiua condictio tam delictum prodit, quàm ex cauſa furtiua oriri darique dicitur, vt mentio delicti ſi non omnino ſileatur, occulatur. Aliud eſt ex cauſa furtiua eam oriri, aliud ex cauſa furti *l. 1. §. 6. de vi & vi arm. vid. ſupr. c. 7.* Actio furti oritur ex maleficio: condictio furtiua ex cauſa furtiua *l. 10. §. 2. de*

compeſ.

compenſ. idemque ibidem de vtraque actione dicitur, quantum ad compenſationem attinet, non quoad originem. Furtum infamat: condictio furtiua non infamat. *l.* 31. *de obl. & Act.* eodem planè ſenſu, quo violentiæ crimen infamat, interdictum *de vi* non infamat in *l.* 32. *de pœn.* Aliàs non ignoramus condictionem furtiuam pendêre ex cauſa famoſa *l.* 31. *de obl. & Act.* ſed enim ea macula, quæ non ex delicto tam infligitur, quàm pendet tantùm ex ejus cauſa, lambit & ambit tantùm, non intrat aut lædit naturam huius condictionis. Tantum abeſt, vt propterea ex cõtrectatione rei alienæ cenſeri poſſit, vt vel maximè ex ea eam haud pendere appareat, poſteaquam ex re extrinſecus ob furti mentionem fama tenus magis famoſa quàm in veritate, ſeu jure talis æſtimetur, ideoque ceſſet ignominia *juxt. d. l.* 31. Quanquam condictio hæc, famoſa etiam ſi actio eſſet, non inde probaretur, eam ex delicto eſſe, aut dari. Siquidem fide non decenter obſeruata in contractibus etiam quibuſdam infamia verſetur *l.* 1. *D. de his qui not. in fam.* Quid audio? furem, qui condictione furtiua tenetur, vrgent perpetuam moram contrahere *l. vlt. de cond. furt.* perpetuam moram naſci non poſſe, niſi ex perpetuo furto *l.* 50. *de furt.* Fateor, furem facere perpetuam moram, admitto etiam perpetuum furtum. At enimuerò condictionem

furtiuam dari ex mora, perpetuam moram non eſſe, niſi ex furto,non conceſſerim. datur ex cauſa furtiua, quæ eſt ipſa res ablata cum commodo & incommodo,qualis quantaque fuiſſet ſi fur non eam abſtuliſſet, *vid. ſupr.c.* 7. Donec autem contra furem datur, non eſt mirum,perpetuam moram eum facere, quoniam,donec rem ſurreptam non reſtituerit, furtum perpetuò facere perſeueret. Fur verò ex viuis vbi deceſſerit, ex re mora vſque ad rei reſtitutionem currit, ſiue res ablata extet adhuc, ſiue extare deſierit. idque propter æſtimationem quanti plurimi, quæ loco rei ſuccedit. *l.* 8.*de Cond.furt.* non tamen vt quicquid fur faciat, & jus conſtituat odio furti,inde condictioni huic ortus ſit. Sin putes cauſam furtiuam, ex qua condictionem arceſſimus, eſſe cauſam iniuſtam, & propterea condictionem quoque debere ex delicto cenſeri. Amabo te,conuertamus cogitationis oculos ad condictionem,quæ dicitur ob cauſam turpem vel iniuſtam, *conf. tot. tit.* Equidem quo ſenſu vtraque hæc condictio ceu delicti expers competit, daturque : ita idem dixerim de condictione ex cauſa furtiua. Scio, debet fur ex delicto *l.* 9. §.6.*de pecul.* Quid tum? debet ex delicto reſpectu actionis furti,quæ aduerſus eum inſtitui poteſt. In quæſtione eſt, an cum condictio aduerſus eum inſtituitur, ex delicto in ea ſit debitor.

Certè hoc non decidit Vlpianus *in d. l. 9. §. 6. de pecul.* ſaltem id, quod abeſt, ſeu ſolam rei æſtimationem à furti pœnis ſeparat & diſtinguit. Deciſio extat apud Africanum *in l. 30. de Act. empt.* dum ait ex cauſa condictionis eum eſſe debitorem, non ex furto. Bifariam contra furem agitur, actione nimirum furti & condictione furtiua. Fur vtrâque tenetur, diuerſa tamen ex cauſa eſt vtraque. Id probatur ex *l. 13. §. 2. de Iureiur.* vbi, qui jurauit furtum ſe non feciſſe, furti actione non tenetur, condictione hac tenetur, ſi furis heres exiſtat. Ergo non ex furto tenetur, *vid. ſupr. c. 7.* Vnde, ſi quis jurauerit furtum ſe non feciſſe, deinde rem furtiuam contrectet, furti quidem actio perimitur, rei tamen perſecutio Domino ſeruatur *l. 52. §. 27. de furt.* Ecquæ tandem rei perſecutio? Si is, qui jurârit furtum ſe non feciſſe, deinde rem furtiuam contrectârit, heres furis exiſtat, ſeruatur Domino contra eum condictio furtiuà, actio ad exhibendum, rei vindicatio *d. l. 13. §. 2.* Sin alius exiſtat, actio ad exhibendum, rei vindicatio erit iſta rei perſecutio, quæ Domino competit, *juxt. d. l. 52. §. 27.* Arbitratur Ant. Faber 4. *Coniect. c. 1.* heredem furis, ſi rem à defuncto ablatam contrectarit, furem eſſe, ideoque non tantùm condictione furtiua, ſed & furti actione teneri. Debuerat diſtinguere, vtrum animo furandi rem à defuncto ablatam denuò abſtulerit:

An

An verò citra talem animum mera ex ignorantia. Qui in locum alterius ſuccedit, juſtam habet cauſam ignorantiæ, an id, quod petatur, à defuncto fuerit alicui ſurreptum *l.42. de Reg. jur.* Quo proinde caſu heres furis rem alienam contrectando non facit furtum *fac. l.48. §.2. de furt.* nedum vt omnis contrectatio ſit animo furandi ablatio, *fac. d.l.52. §.27. D. de furt.* aut furtum fruſtra diceretur frauduloſa contrectatio *l.1. in fin. D. de furt. §.1. Inſt. de obl. ex del. l.45. D. pro. Soc.* Fur, qui condictione tenetur, eſt debitor ex delicto, quatenus furti actione poteſt conueniri *d. l.9. §.6. de pecul.* eſt debitor ex cauſa condictionis, quatenus ei condici poteſt. Quæ porro res facit, vt neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem conſumatur, ſed is, cui furtum factum ſit, habeat furti actionem condictionem, vindicationem, & ad exhibendum actionem *l. 7. de Cond. furt.* Tralatitium eſt, vbi plura delicta plures actiones admittunt in vna re, quòd vna, non omnibus vti liceat *l.53. de obl. & Act.* At enim hoc in caſu non plura delicta in vna re plures admittunt actiones, ſed furtum actionem furti, figura cauſæ furtiuæ condictionem, figura occupati Dominii vindicationem & ad exhibendum actionem ſigillatim producit. Igitur omnibus vti permiſſum eſt ſuo juris ordine. Præterea, vt probent Aduerſarii, ex vno delicto tam

condictionem quàm furti actionem profiċiſci, allegare ſolent:actionem furti bimembrem eſſe; vnam meræ pœnæ perſequendæ gratia competere, & in ſpecie actionem furti vulgò eſſe *l.50.D.pro.Soc.* Alteram rei recipiendæ nomine dari, & condictionem furtiuam adpellari *l.56.§.1.D.de furt.* In ſumma furti actionem generaliùs dici interdum, vt contineat etiam condictionem furtiuam, *l.9.l.14.§.16.D.de furt.l.9.de In lit.iur.l.3.§.vlt.D.Naut.Caupon.vid.* Iul. Pac. *ad tit.C.de Condict.furt.*Paul.Buſ; *ad l.45.D.pro.Soc.* Traditioꝰ quam ſimpliciter illis aut vllis confirmari nego legibus. Nam immo condictio ab actione furti diſtinguitur *in d.l.56.§.1.*aut reſtituta re furtiua, malè decidiſſet Iulianus vniuerſam (tam manifeſti quam non manifeſti) furti quæſtionem ſublatam eſſe ex eo, quòd in periculum maioris pœnæ fur deductus eſſet. Tum de quæſtione furti diſputatur *in d.l.56.§.1.* non de actione furti. In condictione quæſtio eſſe ſolet de furto. Non propterea ex furto eſt, nedum actio furti. Neque me fugit huius opinionis Athlas, quem fingunt *in l.71.D.de furt.vid.* Cuiac. 17. *obſ.*12. Donell.31.*Commentar.*3.quaſi verò furti actio ibi ſit condictio furtiua. Tauolenus ait, *ſi is cui commodata res erat, furtum ipſius admiſit, agi cum eo & furti & commodati* poſſe : *etſi furti actum eſt, commodati actionem extingui, ſi commo-*

dati

dati actioni furti exceptio obiiciatur. Cauſa dubitandi eſt, quod condictio furtiua actionem commodati perimat & viceuerſa *l.* 34. *§.* 3. *de obl.& Act.* non item actio furti & commodati alterá alteram tollat *l.45.in fin.D.pro Soc.* Ratio decidendi eſt, *in d. l.* 71. quòd actione furti cum actum fuerit priùs, actio commodati contraria extinguatur, ſi actioni commodati poſtea à commodatario ad rem commodatam retinendam inſtitutæ, exceptio furti obiiciatur à commodante. Conciliatio, inquies, noua. Ita eſt: Neque diffiteor eſſe, quod deſidero. Dum altiùs rem conſidero non diſplicet omnino. Aut quid ſi is, cui commodata res erat, furtum ipſius admiſit, cumque furti cum eo egiſſem, & poſtea commodati agere inſtituerem, exceperit rem ſibi commodatam, & ob quam furti egiſſem, furto meo ipſi, quatenus eius intererat rem retinere, ablatam ad me rediiſſe. Næ hoc caſu extinguetur actio commodati à parte mea. Sententia, quam ratio etiam fulcit, tum & *l.* 15. *§.* 2. *in fin. l.* 59. *de re furt.* Plane vt condictionem, quæ paſſim ab actione furti manifeſti & nec manifeſti, item furti illius improbioris in Raptore ſeparatur *vid.l.*14.*§.*16.*D. de furt.* cum actione furti non liceat confundere præſertim iis, qui originem condictionis deducere amant ex alia cauſa quàm furti: ne monſtroſa admittatur illa tandem diſtinctio, quaſi actio furti

alia eſſet ex delicto : alia eſſe poſſit ex alia cauſa extra delictum. Dolo malo fit furtum, non inficior. Condictionem furtiuam non aliter competere, quàm ſi dolo malo fur rem alienam adprehenderit *l.* 13. §. 1.*depoſ.* admitto. Probari inde nego: condictionem ex dolo ſolo aut principaliter oriri. Heres ex depoſiti, commodati, tutelæ, & negotiorum geſtorum actione ob dolum malū defuncti in ſolidum tenetur *l.12.l.49.de obl.& Act.l.121.in fin.D.de v. obl.l.* 7. §. 1. *depoſ.* Dolo fiunt multa in contractibus, in teſtamentis, in legibus *l.1.in fin.D.de dol. & met. except.l.*13.§.4. *de Act. empt.l.1.l.2.D. ſi. quis aliq. teſtar. l.* 4. *de* Inoff. *teſt. l.* 72. §. 31. *de legat.2.l.30.de legib.l.vlt.Ad l. Cornel.de falſ.* non vt quicquid dolo interueniente fiat, delicto tutum ſit adſcribere. Aliud argumentum eſt, maioriſque ponderis : ex filiifam. contractu vel quaſi in patrem actionem dari de peculio, quatenus id patitur, §.40.*Inſt. Quod cum eo qui in al.* ex cauſa verò furtiua non item, ſed duntaxat ex furto filiifam. quatenus pater factus fuerit locupletior *l.* 3. §. 12. *D. de pecul.* Vnde ex delicto eſſe condictionem non Immerito colligas. Maximè cum ex delicto niſi oriretur, ceſſaret in reſiduum noxæ deditio *l.49.de obl.& Act.conf.tot.tit.de nox.Act.* quæ tamen in condictione furtiua non ceſſet. *l.* 4. *de Condict. furt.* Reſpondeo : condictionem furtiuam notoriè non eſſe ex contractu. Qui

per

per omnia omnem quaſi contractuum na-naturam ei attribuunt,eos allato iſthoc argumento, ceu ſaxo quodam irremiſſibili, ad terram proſterni. Proinde mihi viſum propius eam accedere videri ad eam quaſi contractuum naturam *vid. ſupr. c.* 8. non per omnia. Quid ergo? Condictio furtiua naſcitur ex ſua ſuæ cauſæ figura jure quodam proprio *fac.l.1. de obl. & Act.* diuerſo proinde ſeparatoque hac in re à natura quaſi contractum: ne miremur cur ex cauſa furtiua nomine filiifam. pater non peculiotenus in ſolidum teneatur; poſteaquam proprium ſit huius condictionis, nunquam ea alium, quàm qui furtum fecit,teneri aut heredem eius *l. 5. de Cond. furt.* qualis perſona hoc caſu non ſit pater. Idemque juris eſt in Domino reſpectu ſerui, ſiue deditionem noxalem ſpectes *juxt. d. l.* 4. *de Cond. furt.* ſiue condictionem *juxt. d. l.* 4. ſiue actionem de peculio *l.* 3. §. 12. *D. de pecul.* Quippe qua neuter teneatur filiifam. vel ſerui nomine vltra id,in quo locupletiores facti. Quod ipſum oportuit admitti contra huius condictionis proprietatem (ſi hæc proprietas extra delicti figuram conſideratur) ex æquitatis illa regula, quæ dictat non iniquum, ſed iniquiſſimum fore, ſi ex furto filiifam. vel ſerui ſui locupletarentur impunè *d. l.* 3. §. 12. *de pecul.* eadem vi, qua heredibus lucrum indecens, quod ex delicto defuncti ad eos peruenit,

nit, in actionibus non merè pœnalibus ex delicto, extorquetur. modò actiones ex delicto tales & condictionem furtiuam, quoniam in vno hoc æquitatis membro conueniant, ne propterea per omnia conuenire credamus. multò minus ex delicto tam hanc quàm illas oriri. Quid? actio de *peculio* ex furto filiifam. vel ſerui eatenus aduerſus patrem & Dominum permittitur *d. l.*3.§.12. Quid tum? Regulariter actio de peculio ex contractu venit, *l.*1. §. 7. *D. de his qui deiec. l.* 52. *de Reg. jur.* adhuc eatenus ex furto filiifam. aduerſus patrem conceditur. Quod ſi autem in actione de *peculio* id legiſlatori placuerit. Quanto juſtiùs idem debuit admittere in condictione furtiua. Ratio, quæ compeſcere etiam eos poſſit, qui, dum vident actionem rerum amotarum in multis comparari cum condictione furtiua *l.* 6. §. 3. *l.* 21. §. *fin. l.* 26. *l. vlt. de Act. Rer. Amot.* mox vt illa ex delicto deſcendit, *d. l.*21. *in fin.* ita & hanc inde deducere jam dudum conſueuerunt. Actio Rerum Amotarum ex delicto oritur, & anno non finitur, ſicuti condictio furtiua *d. l.* 21. *in fin.* Quid inde? eo ſaltem reſpectu, quo vtraque finitur, vtraque comparatur: non verò reſpectu originis aut delicti, Salycet. *ad l.* 1. *C. de Cond. furt. num.* 3. franc. Caldas *ad l. vnic. C. ex delict. defunct. part.*4. *relect. num.*28.

CAP. X.

Regulam qui Fabricant: Actiones ex delicto merè rei perſecutorias, & per conſequens condictionem quoque furtiuam contra heredem in ſolidum dari: eorum fundamenta recenſentur & disiiciuntur.

REgulam facit Aduerſarius, omnes actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes eorum, qui deliquerunt, in ſolidum dari. Quod ſi autem hæc regula eſſet vera, verum eſſet condictionem furtiuam aduerſus furis heredem in ſolidum competere vulgari jure *juxt. l. 9. de Cond. furt.* neque vlla, quod lubens fateor, obſtaret difficultas iis, qui ex delicto huius condictionis originem deducunt. Atqui regula hæc nullis ex legibus probari, nulla ratione legitimà poteſt confirmari. Quinimo ſubuertitur à regula contraria, quæ ex principiis extructa, in omnibus paſſim legibus fundata, ab omnibus melioris notæ interpretibus recepta, ſupraque jam poſita fuit, *vid. ſupr. c.* 1. Ergo cadit iterum à fundo ædificium, quod iſta ſub rupe lubitum extollere. Si placet, ex ruderibus, quæ jacent, cum fundamento quilibet judicare vt poſſit de fundamentis, agnoſcamus obiter fundamenta. Regulam, Antonius Faber quam ponit & præ ſupponit, nego. Non neganti ſed

adfirmanti neceſſitas probandi incumbit. Actiones omnes ex delicto merè rei perſecutorias contra heredes in ſolidum competere adfirmat 4. *Coniect.* 1. item 80. *decad. err.* 1. Nuſpiam video probationem, bona quam ratio aut lex vlla non malè allegata ſuſtentet. Primore allegat loco, *l.* 35. *D. de obl. & Act.* Quaſi verò Paulus definiat actiones ex delicto merè rei perſecutorias in ſolidum dari contra heredes *in d. l.* 35. Nulla ſolius delicti mentio fit, nulla ſolidi *in d. l.* 35. nulla vllius actionis ciuilis, qualis eſt condictio furtiua; Summatim de honorariis actionibus tam in rem & perſonalibus ex contractu, quàm ex delicto agitur *in d. l.* 35. Adhuc aduerſarius vti non dubitauit *d. l.* 35. Qui ſic? definit Caſſius *in d. l.* 35. ex actionibus honorariis quænam ſint perpetuæ, quænam annuæ. Cauſa ſuberat dubitandi, quod actiones prætoriæ eſſent pleræque annuæ, *in princ. Inſt. de perpet. & temp. act. l.* 22. *in fin. de liberal. cauſ.* aliquæ perpetuæ, proinde nota aliqua videretur neceſſaria, ex qua quæ perpetuæ eſſent, quæ ceteræ, dignoſceretur. Ratio decidendi adfertur, actiones eas, quæ rei perſecutionem habent, poſt annum dari, ſeu quod idem, eſſe perpetuas *d. l.* 35. ſiue à parte actoris tantum exiſtant rei perſecutoriæ, veluti actiones multæ ex delicto *l.* 16. *D. Quod met. cauſ. l.* 11. *de Reb. Auth. jud. poſſ. l.* 4. *vi bon. rapt. l.* 7. §. 6.
Arb.

Arb.furt.caſ.l.1.in fin.D. Ne vis fiat. l. 7. §. vlt.D. Naut. Caup. l. 13. de Seru. corr. quæ bonorum poſſeſſori, cæteriſque, qui heredis loco ſunt, adcommodantur, *in princ. Inſt de perpet. & temp. act.* ſiue tam à parte Rei, quàm actoris merè ſint rei perſecutoriæ ex delicto *l. 3. §. 1. D. de vi & vi arm. l. 20. § .6. de Nou. op. nunt. l. 18. Quod met. cauſ. l. 17. in fin. l. 28. l. 29. de dol. mal. l. 10. in fin. Quæ in fraud. cred. l. 13. §. vlt. de publican. l. 5. de Calumniat. l. 21. § .1. Quod met. cauſ.* ſiue denique ex contractu, id quod nullam recipit dubitationem. Non definit Caſſius *in d. l. 35.* actiones honorarias, quibus bonorum poſſeſſori perſequi rem licet contra heredes in ſolidum dari, quod Faber opinatur *76. decad. err. 6.* aut publiciana, quæ tam rei perſecutoriæ, tamque perpetua eſt, vt bonorum poſſeſſor eam inſtituere non prohibeatur *d. l. 35. fac. princ. Inſt. de perp. & temp. act.* aut etiam multæ actiones ex delicto non merè rei perſecutoria aduerſus heredes in ſolidum tranſirent. *vid. l. 13. de ſeru. corr. l. 11. de Reb. auth. jud. poſſ. l. 4. vi bon. rapt. l. 7. §. 6. D. Arb. furt. caſ. l. 1. in fin. Ne vis fiat ei l. 7. §. vlt. D. Naut. Caup. l. 13. in fin de publican.* Quo quid abſurdius? De ſolis prætoriis actionibus agitur *in d. l. 35.* ne miraremur bonorum poſſeſſoris, hoc eſt, heredis prætorii mentionem ibi fieri. Condictio furtiua eſt actio Ciuilis. Non meminit Paulus vllius actionis Ciuilis *in d. l. 35.* adhuc doce-

bimus

bimus actionem ex delicto propter rei perſecutionem, quam habet, aduerſus heredem in ſolidum dari *in d.l.35.* Non quidem vt prohibeamur ad rem recipiendam cum bonorum poſſeſſore debitoris noſtri agere ex delicto *juxt. d. l.35.* Sedenim quandoq agimus taliter, eo modo, quo jus & ratio admittunt, nimirum de eo, quod ad eum peruenit, non vltra jubemur agere *vid. ſupr.c.1.* Tantum abeſt, vt probari poſſit ex *d.l.35.* actionem honorariam ex delicto, quæ rei perſecutionem continet, quæque poſt annum datur, in ſolidum aduerſus heredem competere. Quod ipſum *in d. l. 35.* nec ſcriptum, nec cogitatum, immo rationi legibuſque paſſim contrarium eſt omnibus. Iam autem de actione ex delicto prætoria, mereque rei perſecutoria, ſi tam imbecillis inde reſultet probatio. Ecquid fuit, vnde condictionem furtiuam, quam ex delicto actionem Ciuilem eſſe Aduerſarius non diffitetur, aduerſus heredem in ſolidum dari opinatus fuit? Quid enim condictio talis ſit actio, quæ proficiſcatur ex delicto, quæque vtut ciuilis, tamen ſimilis ſit actionibus honorariis ex delicto merè rei perſecutoriis, prout opinatur 4. *conieɫt.* 1. adhuc neceſſe eſt omnino, vt aduerſus heredem furis non in ſolidum competat, ſed de eo, quod peruenit. Aut ſimilitudinem profectò, quam inter condictionem furtiuam & actiones prætorias

rias ex delicto merè rei perſecutorias nobis imaginamur, eo ipſo tollimus, atque abominamur. Quid ita? Actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ, ſiue Ciuiles ſiue prætoriæ aduerſus heredes dantur, non vltra quàm ad eos peruenit. Igitur aut excipi oportet condictionem à regula iſta, aut ſi eâdem regulâ regâtur, fieri non poteſt, vt in plus aduerſus heredem concedatur. Adeò ad ſtabiliendum errorem deficit probationis copia, quoties ad ſimilitudinem deflectimus inueniendæ demonſtrationis inopiâ. Condictio furtiua eſt ſimilis rei vindicationi, ac quidem ita, vt nec minus ſit rei perſecutoria, nec magis pœnalis, quàm vindicatio, ſi credimus Fabro 78. *decad. err.* 1. Scilicet hæc ſimilitudo efficeret, vt condictio competeret aduerſus eum duntaxat, qui rem furtiuam poſſidet. Non firmiùs argumentatur, qui condictionem furtiuam eſſe actionem ex delicto ſuſtinet, ac in ſolidum quòd aduerſus heredem tranſeat, probare conatur *ex d.l.35. de obl. & Act.* Sed nec firmius eſt fundamentum illud alterum, ex quo regulam ſuam (*actiones ex delicto merè rei perſecutorias contra heredem in ſolidum dari*) confirmare non dubitant, dum illud deſumunt ex *l.* 7. §. 1. *de Cond. furt.* in qua extet, condictionem rei furtiuæ, quia rei habet perſecutionem, heredem quoque furis obligare, nec tantùm, ſi viuat ſeruus, ſed etſi deceſſerit. Reſpondeo, regulæ

regulæ, quæ non eſt regula, nullum confirmationis augmentum accedere ab exemplo, quod in quæſtione eſt. Condictio furtiua vtrum ex delicto competat, an verò extrinſecus extra delictum actio ſit, magna eſt quæſtio, priuſque decidenda. Poſterius namque ſi videatur probabilius, prout tentauimus *ſupr. c.* 8. non fuerit vt pluribus oſtendatur, quàm aberret allegatio *d.l.*7.§.1. quaſi probetur inde actionem ex delicto merè rei perſecutoriam aduerſus heredem in ſolidum dari, quæ non ſit ex delicto. Sin autem placeat magis: condictionem furtiuam naſci, darique ex delicto. quid ni actio *in factum* ex dolo, quæ merè eſt rei perſecutoria, propter ſublatam doli mali mentionem *l.*11.*in fin.l.*17.*in fin.l.*28. *in fin.l.*29. *de dol. mal.* Quid ni actio in factum ex cauſa Interdicti *vnde vi*, quæ itidem eſt merè rei perſecutoria *l.* 3. §. 1. *de vi & vi arm.* quoniam vtraque ex delicto deſcendat, ſi vtraque ideo detur aduerſus heredem non vltra, quàm ad eum peruenit; ſi denique omnes leges clament vno ore actiones ex delicto etiam merè rei perſecutorias non vltra aduerſus heredes dari, quàm de eo, quod peruenit *l. vnic. C. ex. del. def. l.*3.*de pub. jud. l.*17.*l.*26. *l.*28. *de dol. l.*3.§.*pen. Si menſ. falſ. mod. dix. l.*1.§. *fin. l.* 3.§.1.*D. de vi & vi arm. l.* 35. *de obl. & Act. l.* 38. *de Reg. jur. l.*1.§.8.*D. Ne vis fiat ei l.*8.§. *vlt. D. precar. l. fin. C. Rer. Amot. l.*9. *in fin. l.*10. *D. de Reb. auth.*

auth. jud. poſſ. l. 12. *D. Si quis omiſs. cauſ. teſt. l.* 3. §. 12. *D. de pecul. l.* 2. *C. vnde vi l.* 3. *in fin. D. de Act. rer. Amot. l.* 44. *de Reg. jur. l.* 7. §. *vlt. l.* 8. *De Tribut. act. l.* 127. *de Reg. jur. l.* 7. §. 1. *D. depoſ. l.* 13. *de edēd. l.* 23. §. 8. *Ad l. Aquil. l.* 12. *in fin. ad Exhib. l.* 4. *l.* 12. *Ad l. Cornel. de falſ. l.* 20. *in fin. de Accuſ. l.* 1. §. 6. *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *D. de eo per quem fact. l.* 58. *de obl. & Act. l.* 20. §. 8. *l.* 22. *de Nou. op. nunt. l. ſemper* §. *hoc interdictum D. Quod vi aut clam l.* 4. §. 2. *de Incend. ruin. l.* 4. §. *fin. l.* 7. *de Alien. judic. mut. l.* 15. §. *ſi propter D. Ad SC. Turpil.* Quid ni inquam, rectiùs dicetur condictionem furtiuam aut excipi debere ab iſta regula, ſi velimus eam aduerſus heredem in ſolidum dari, aut conſeruatis ſcientiæ noſtræ principiis conſultiùs fore, vt res hæc componatur probabiliùs conſeruata regula. Conſeruabuntur autē principia, non inuertetur Regula: ſi condictio hæc alia ex cauſa extrinſecus, non ex delicto, cenſeatur. Aut ex delicto ſi velimus eam cenſere, neque eximere à regula, prout Fabro viſum, fieri non poteſt, vt ſaluis principijs, ſaluâue regula condictio hæc in ſolidum aduerſus heredem poſſit competere. Principia namque eò tendunt: Regula ex iis extructa ea eſt, vt actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes inſtituere prohibeamur vltra id, quod ad eos peruenit. Hanc regulam, iſtáque, quæ dicimus, principia declarabimus & confirmabimus vel eo magis, quòd ob ea &

eam

eam in hac diſputatione patiamur iſta aſpera. Non quidem errant, qui præſuppoſita Regulà: *actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredem dari de eo, quod peruenit*, excipere malunt condictionem à regula, quàm regulâ ſublatâ eaque vulgari & generali condere nouam eamque, quod adhuc intolerabilius eſt, in vna condictione futuram ſingularem. In his, quæ contra rationem juris introducta ſunt, non poſſumus ſequi regulam juris *l.15.de legib.* Condictio hæc contra rationem juris introducta eſt §. 14. *Inſt. de Act. l. vlt. D. Vſufr. quemad.cau.* Quod verò contra tenorem juris introdictum eſt, non eſt producendum ad conſequentias *l.14. de legib.* Atenim, qui ex vna condictione furtiua contra tenorem juris introducta regulam extruere conantur, ecquid tandem erit, producere ad conſequentias id, quod contra tenorem juris introductum eſt, ſi hoc non eſt? Plures ſunt actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ. Vna hirundo ver non facit: Vna hæc condictio ſi non regitur regula non faciat regulam, ne vis fiat regulæ. Quanquam ii etiam, qui condictionem hanc ex delicto eſſe exiſtimant, nec vltra quàm peruenit aduerſus heredem eam dari debere judicant amore tuendæ regulæ quod laborent, in eo tam grauiter vituperandi non ſint. *vid.libr.3.* Ait Vlpianus condictionem furtiuam, quia rei habeat perſecutionem,

nem, ideo heredem quoque furis obligare, nec tantùm ſi viuat ſeruus, ſed etiam ſi deceſſerit *l. 7. §. 1. D. de Cond. furt.* Quid? an hinc probetur condictionem, quia rei habeat perſecutionem, ideo heredem furis in ſolidum obligare? nihil minus. Scire eſt per cauſas cognoſcere. Actio ex contractu vel quaſi, quia rei habeat perſecutionem, ideo heredem in ſolidum obligat. Hoc recte dicitur. Actio verò ſiue ciuilis ſiue honoraria ex delicto, quia rei habeat perſecutionem, ideo heredem obligat eo modo, quo jus & ratio ſinunt eum poſſe obligari, *fac. l. 9. §. 4. de dol. mal.* nimirum non in ſolidum, ſed de eo, quod peruenit *l. 3. §. 1. D. de vi & vi arm. l. vnic. C. ex del. defunct.* peſſimè concluditur: actio illa & illa ex delicto eſt, reique perſecutoria eſt, ergo aduerſus heredem in ſolidum competit. *vid. infr. libr.* 3. Moueoque non tam iſtud hoc loco, quàm moneo, vt cognoſcatur, quàm imbecillis adferatur probatio *ex d. l. 7. §. 1. de Cond. furt.* vt inde probetur, quod non diſtinctâ causâ contractus à cauſa delicti; deinde præſuppoſita ſola delicti cauſa, vt non exceptio à regula admittatur, probari inde nec debet, nec poteſt ſaluis principiis ſcientiæ illius, quam profitemur. Reſtat locus tertius, quo ad ſtabiliendam imaginationis ſuæ regulam abutuntur. Is eſt §. 9. *Inſt. Ad l. Aquil.* vbi ita Imperator. *Qua ratione creditum eſt pœnalem*

eſſe huius legis actionem, quia non ſolùm tanti quiſque obligatur, quantum damni dedit, ſed aliquando longe pluris. Ideoque conſtat in heredem eam actionem non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi vltra damnum, nunquam lis æſtimaretur. Prima fronte mirabilis locus, ex quo proinde timidioris notæ interpretes jus ſumere verentur apud Hartman. Piſtorem 1. *quæſt.* 27. Audacior noſter, dum ex loco hoc vnico, eoque tam contentioſo, obſcuroque jus ſumere non tantùm auſus eſt, ſed regulam à nullis dictatam prudentibus, pleriſque interpretibus incognitam, inuehere. Quid? ex jure quod eſt jus, facienda eſt regula *l.* 1. *de Reg. jur.* actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum competere non eſt juſtum, nedum jus. Ius non in ſingulas perſonas, non in ſingulas res, non denique in ſingulas actiones, ſed generaliter ex iis, quæ plerumque obtinent, conſtituitur, *l.* 8. *de legib.* Generalis ergo debet eſſe regula, non ex vno aut altero loco, eoque tam obſcuro & controuerſo ſumi. Quamuis quid tam controuerſo? aliorum interpretationes non referam. Equidem fallor multùm, ſi non clarus eſt. Quid ita? *Arbitror actionem legis Aquiliæ tranſituram fuiſſe in heredem in ſolidum, ſi vltra damnum lis nunquam æſtimaretur *juxt. d.* §. 9. non quòd actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ in ſolidum competant aduerſus

heredem,

heredem, multò minus vt actio legis Aquiliæ propterea in heredẽ in ſolidum competeret, quòd actio merè rei perſecutoria tunc eſſet, ſed quòd eo caſu, quo nunquam vltra damnum lis æſtimaretur, ea æſtimatio ſimilis foret vẽditioni *fac.l.7.§.1.de publician.* in quam quaſi venditionem heres ſuccedere toleraretur juſtiùs, *fac.l.3.D.pro Empt.l.22. de Act. rer. Amot. l.3.§.2.D.de magiſtr. conuen.* quàm in delictum, vtut procreans actionem merè rei perſecutoriam. Delictorum nulla eſt ſucceſſio. Actione ex quaſi contractu defuncti tenetur heres in ſolidum, licet delictum in eo verſetur *l.12.l. 48. de obl. & Act.* plane vt mirum non ſit, ſi eo caſu, quo vltra veram damni æſtimationem lis in lege Aquilia nunquam æſtimaretur, ceu ex quaſi contractu non obſtante delicto, quod in lege Aquilia nihilo minus verſaretur, heres in ſolidum obligaretur. Maxime cum in aliis actionibus ex delicto æſtimatio principaliter non debeatur nedum vt ad eam ſoleat perueniri, niſi per accidens veluti re perempta. Ecquis enim cogeretur ſuo pretio rem ſuam quæ extat, vendere *l.9.D.de Act. Rer. amot?* In actione legis Aquiliæ cura recipiendi aliquid corporale ſuum non attenditur, ſed meri damni dati quæſtio vertitur. Ideo magis, quàm in aliis actionibus ex delicto in ſpeciem quaſi contractus iſta iſtius damni æſtimatio tranſiret, quæ nunquam vltra dam-

num datum ac quidem loco pretii neceſſariò fieret. Saltem ita nobis videtur, donec explicatio ſuggeratur non melior. Cetera, quæ adferunt, ad condictionem furtiuam pertinent, non faciunt ad adſtruendam regulam, quam hoc loco deſtruimus. Igitur progrediemur.

CAP. XI.

Actiones ex contractu defuncti contra heredes ex qua natura in ſolidum competant; actiones vero, quæ ex delicto, vtut merè rei perſecutoriæ, non item.

ACtiones quædam rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt; quædam pœnæ perſequendæ, quædam miſtæ ſunt. Rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones non ſolùm, ſed & omnes ferè, quæ ex contractu naſcuntur *§.16.& 17.Inſt. de Act.* Quæ ex delicto naſcantur, mereque rei perſecutoriæ ſunt, præter condictionem furtiuam, ſi ex delicto eſt, nō enumerantur ab Imperatore *in d.§.16. & 17.* quoniam non ſint ordinariæ. Ius ordinarium eſt jus commune. Godæ. *ad l.1.de v.Sign.* regulas continens non ſpecialitates, quæ ſint extra ordinem, Martin. Schichard.1. *diſp.Inſt. theſ.3. & theſ.6.* Hinc olim dixi, condictionem furtiuam, ſi actio ex delicto eſt, item actionem rerum Amotarum,

quæque

quæque præterea actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ exiſterent, jure extraordinario, ſeu ſingulari, ne deficerent actiones, in ſubſidium pro re nata introductas eſſe. Qua in opinione me confirmat, quòd Imperator iſtam aliàs actionum ex delicto merè rei perſecutoriarum ſpeciem non omiſiſſet *in d. §. 16. & 17.* ſi juris ordinarii fuiſſent. Neque inutilis eſt hæc recitatio, vt ſciant qui hanc ex delicto merè rei perſecutoriarum ſpeciem agnoſcere formidant. In librum *Inſtitutionum* omnia, quæ forent juris etiam extraordinarii, non potuiſſe, immo nec debuiſſe coniici; proinde ad latiores *digeſtorum & Codicis* libros recurrendum eſſe, in quibus tale jus extraordinarium, quo tales extraordinariæ actiones comprobatæ ſint, exhibeatur affatim. Ius extraordinarium tale vocamus, quod eſt jus exorbitans, id eſt, deuians à jure communi, quaſi extra orbem, hoc eſt, extra ordinem juris, *vid.* Marc. Mantu. *claſſ. 5. de narrat. c. 12.* Ioh. Godæ. *ad l. 34. de v. Sign.* Duaren. *ad tit. de obl. & Act. c. 1. & 7.* Couarruu. 3. *var. reſol. 5. num.* 8. *in fin.* Hotom. *ad tit.* Cod. *de Cond. furt.* Gulielm. Onciac. 1. *Acad. quæſt.* 72. ne reprehenſores iterum adſint, obiter repetendum quod fuit. Ac quidem vel eo magis, quòd jus extraordinarium fieret ordinarium, ſi actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ aduerſus heredes in ſolidum darentur eodem modo, quo

actiones ordinariæ ex contractu vel quaſi dantur. Debet eſſe diſcrimen inter actiones rei perſequendæ cauſa comparatas ex contractu, & inter eas quæ ſimiliter ex delicto comparatæ ſunt, *l.*1.§.2. *de exerc. act.* vt jus ſingulare ſit aliud, quàm jus regulare. Actiones *in factum*, quæ ſuccenturiantur actionibus ex contractu, earum naturam habent, ſed extraordinariè *fac. l.* 47. *D. Neg. geſt.* Actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ ſi naturam actionum ex contractu adſumerent, hoc eſt, ſi aduerſus heredem in ſolidum darentur, deſinerent quoad effectum eſſe ex delicto, naturâque donarentur actionum ex contractu, quibus ſuccenturiantur, nec ordinariè nec extraordinariè. Proinde eſt ſatis & ſatius, vt naturam actionum ex delicto, quam ex delicto habent, retineant, & in quo vi delicti nobis vtiles eſſe non poſſunt, voluntate legiſlatoris jure extraordinario ſeu ſingulari fiant vtiles, nimirum ad rem noſtram quæ apud heredes eſt, ab illis recipiendam. Quid ita? natura actionum ex delicto ea eſt, vt naturâ ſuâ delicti emendationem reſpiciant, nullæ merè rei perſecutionem contra heredes *fac. l.* 20. *D. de pœn.* ſecundum vulgares vulgaris juris regulas. Vnde dicimus rectè. Actio illa & illa eſt ex delictò, igitur aduerſus heredes prorſus non datur. Nam etſi quædam merè rei perſecutoriæ ſint, denturue de eo, quod

ad

ad heredes peruenit, næ jure extraordinario ſeu ſingulari eam illis collatam eſſe naturam credendum eſt, ne quis impune locupletetur cum alterius detrimento. Sane hæc ratio adeò firma prudentibus viſa eſt, vt regulas juris infringere potius ſtatuerint, quàm illam cædere, *vid.* Franc. Cald. *ad l. vnic. C. ex del. def. 3. part. rel. num.* 35. Ratio rationis eſt, cur ex mera æquitate id receptum, quòd aliàs delictorum nulla ſit ſucceſſio, Gouean. *ad l. d. Ad l. falcid.* Rectè omnino: obligatio ſiquidem omnis ex delicto perſonalis adeo eſt, vt perſonæ delinquentis arctè cohæreat, atque ab ea eam diuelli, heredíſque perſonæ, quæ in perſona defuncti non deliquit, inſeri nec æquum ſit, nec vtile, nec poſſibile. Quòd autem reddere heres teneatur id, quod ex delicto defuncti ad eum peruenit, non obligatio, qua defunctus tenebatur, in perſona heredis operatur, ceu quæ eatenus repræſentet perſonam defuncti, ſed ſola æquitatis adminiſtrandæ ratione motus legiſlator jus iſtud, quod ſucceſſionem reſpuebat, ſine ſucceſſione eatenus ampliare non dubitauit. Neque reſiſtit, quòd actione ex delicto merè rei perſecutoria meram rem perſequamur. Repetitio vel mentio rei meræ in actione ex delicto non poteſt delictum cum mortuo mortuum, reſuſcitare, nedum poſt mortem delinquentis huiuſcemodi ex delicto actio-

nibus eandem conferre naturam, quam habent actiones ex contractu vel quaſi. Aut propter rei perſecutionem in delictis admittenda foret ſimilis ſucceſſio. Inaudita profectò delicti oppreſſio, rei verò perſecutionis ex delicto vtut ſurgentis, potentia: *actionem ex delicto quæ merè perſonalis eſt, poſt mortem delinquentis facere hereditariam.* Quid enim? id ſi fieri poteſt, falſa erit regula; noxam caput ſequi *l.1.in fin.de priuat.del.* oporteretque dicere: noxam ſequi rem in ea ex delicto actione, quæ merè rei perſecutoria diceretur. Ecquæ tandem hæc Iuriſprudentia foret, quæ à capite, quæ noxam fecit, noxam diuelli, atque in caput innocentis heredis transferri admitteret? Iuriſprudentia, qualem ſectantur ii, qui ſectantur eos, qui docent, actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredem in ſolidum competere, non tantum de eo, quod peruenit. Heredem ejuſdem juris poteſtatiſque eſſe conſtat, cuius fuit defunctus *l.59. de Reg. jur.* ſed in obſeruandis contractibus vel quaſi, non certè in delictis. Contrahimus pro nobis & heredibus noſtris, & hoc vtile eſt in ciuili ſocietate. Ecquid enim tam congruum fidei humanæ, quàm ea, quæ cum defuncto contracta ſunt, heres vtrimque ſeruet, *fac.l.1.D.de pact?* Non item delinquimus pro nobis & heredibus noſtris. neque hoc expediret Reipubl., ſi permitteretur, noceret.

nocerct. Delicta debent minui. Cum delinquente moriuntur, vt minuantur. A principiis hæc proximè dependent, ſi non ſint ipſa principia illa, quæ querimur conuelli, ſi ferimus conditionem furtiuam ex delicto eſſe, & ex eo duntaxat in ſolidum aduerſus heredem dari, quod ſit merè rei perſecutoria. Quò delabimur? Actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ generaliter aduerſus heredes competunt de eo, quod ad eos ex delicto defuncti peruenit, non in ſolidum *l. vnic. C. ex delict.def. l. 3. de publ. jud.l.17.in fin. l.28.in fin.l.1.§.fin. l.3.§.1.D. de vi & vi armat.l. 35.de obl. & act. l. 8. §.vlt.D.de precar.l.fin.C.Rer. Amot. l.9. in fin.l.10. de Reb. auth. jud. poſſ.l.12.Si quis omiſs.cauſ.teſt.l.3.§.12. de pecul.l.2. C. vnde vi l.3.in fin. D. Rer. Amot. l.44. de Reg. jur.l.127. de Reg. jur. l. 7. §. 1. D. depoſ. l.13.D. de edend.l.12.in fin.D.Ad exhib.l.20.in fin. de Accuſat.l.26.l.29. de dol. l. 1. §. 6.l.2.l.3.§.1. de eo per quem fact.l.58. de obl.& Act. l.20.§.8.l.22. de op.nou. Nunt.l.4.§.2. de incend. ruin.l.4.§.fin.l.7. de alienat. jud.mut.l. 15.§. ſi propter D. Ad SC. Turpil. l.15.§.3.D. Quod vi aut clam. l. 2. C. vnde vi l.10.§.24.l.11. Quæ in fraud. cred.* Hæc regula non minus certa eſt, quàm illa, quæ dictat actiones ex contractu contra heredes in ſolidum dari. Et tamen aduerſarii inuerſa hac regula audent ſuſtinere: *actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes dari, etiam ſi nihil ad eos ex delicto defuncti perue-*

peruenerit. Id autẽ ſi verum: faceſſat differentia, ſi quæ hactenus fuit inter obligationes ex contractu vel quaſi hac in re, & obligationes ex delicto vel quaſi. Sufficit contractum eſſe, vt obligatio & actio ex contractu vel quaſi acquiſita, vltrò citrò in heredes contrahentium tranſmittatur. Qui ſuſtinent actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes dari etiam eo caſu, quo nihil ad eos ex delicto defuncti peruenit, ſimiliter ſuper delicto eius qui mortuus eſt, & cum quo delictum mortuum eſt, fundant obligationem & actionem hereditariam. per quam regulam? principia ſunt diuerſa, ergo & effectus qui inde deducuntur diuerſi vt ſint, omnino neceſſarium eſt. Quid ita? altius exſpatiandum eſt. Contractus vel quaſi alius eſt bonus *l.* 19. *l.* 12. *de v. Sign. l.* 7. *de pact. l.* 15. *præſer. verb.* alius eſt malus *l.* 22. *Ad SC. Syll. l.* 1. *de legib. l.* 15. *de donat. l.* 8. *l.* 14. *D. de publican. l.* 31. *in fin. D. de donat. l.* 52. *de Re judic. l.* 12. *de v. Sign.* eâdem ſententiâ, quâ judex alius bonus eſt *l.* 38. *de Rei vind.* alius malus *l.* 15. *§.* 1. *l.* 16. *de judic.* item, quâ dolus aliquis bonus eſt, aliquis malus, *fac. Rubric. de dol. mal. l.* 1. *§.* 3. *ibid. l.* 26. *de capt. & poſtlim. reu.* Quò pertinet illud Pomponii, dum ait, *in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus ſe circumuenire l.* 16. *§.* 4. *de minor.* naturaliter circumuenire eſt bono dolo ſeu ſolertia licita lucrum facere,

non

non dolo malo negotiari. Contractus bonus eſt vltro citro obligatio *d. l.*19. Obligatio, inquiunt, id eſt obligatoria conuentio, *vid. Ioh. Godæ. ad d. l.* 19. quaſi effectu poſito pro cauſa nimis coactè. Iuſtiùs quid ni ſumatur pro obligatione, quæ facti. Stipulatio ſumitur pro ipſo interrogationis actu *in d. l.*19. plerumque pro integro verborum contractu *l.* 14. *de Stip. ſeru. l.*8. §. 3. *de Accept. l.*80. *de ſolut. l.*9. *de duob. Reis* §. 12. *Inſt. de Inut. ſtip.* Item emptio venditio, locatio conductio ſumitur aliquando pro ipſo emptionis venditionis, locationis conductionis actu, in terminis tractatus dum adhuc conſiſtit *l.* 7. §. *fin. D. de Cur. fur.* plerumque pro contractu emptionis venditionis locationis & conductionis jam conſummato *l.* 5. *de Iuſt. & jur.* Quid tum? facti pellem propterea non exuit. Enimuero ſicuti quod ſemel factum eſt, reddi infectum non poteſt, ita quod facti eſt ſemel non poteſt deſinere eſſe facti, & juris fieri. Ad rem: aliter obligatio vltro citro accipitur in *d. l.* 19. *de v. Sign. l.* 20. *de judic.* Aliter obligatio, quæ in jure conſiſtit juxt. *l.* 1. § . 1. *de Rer. diuiſ.* §. 2. *Inſt. de Reb. corp. & inc.* Nam obligatio illa, quæ in facto conſiſtit, & generis loco ponitur ad ſignificandam proprietatem contractus vel contracti *in d. l.* 19. non eſt juris vinculum, ſed ipſa vinctio, quæ alterum alteri obligat, dum diuerſos animorum motus in vnum compingit & conſtringit

ſtringit *fac. l. 1. §. 3. D. de pact.* Obligatio verò, quæ in jure conſiſtit, eſt vinculum juris creditori ex contractu vel quaſi adquiſitum, *Rubric. Inſt. de obl.* item *Rubric. per quas perſ. obl.* vnde & inter res incorporales recenſetur, *§. 2. Inſt. de Reb. corp. & incorp.* Rei incorporalis appellatio ad contractum etiam pertinet, *l. 6. de v. Sign.* quà factum eſt res *l. 4. de obl. & act.* Contractus tamen, quà facti eſt, non eſt talis res incorporalis, quæ acquiri poteſt, ſed eſt actus, cuius beneficio obligatio acquiritur. Siquidem obligatio, quæ in jure conſiſtit, ex contractu acquiſitus effectus eſt. Differentia, quæ, non inutile eſt, vt ſciatur. Neque enim obligationem juris ex obligatione facti deſcendere magis abſurdum fuerit, quàm ex facto jus oriri expeditum *l. 52. §. 2. D. Ad l. Aquil. l. 14. de diuerſ. & temp. act.* Qui contractum eſſe definiunt conuentionem cum cauſa, idem enuntiare mihi videntur per idem. Non quidem, vt tam falſum ſit, contractum eſſe conuentionem cum cauſa, quàm nihil aliud eo ipſo dici, quàm contractum eſſe contractum, *l. 1. §. 1. l. 2. l. 7. D. de pact.* aut cauſam tolle, contractum ſuſtuleris. Contractus eſt obligatio, ſeu vinctio vltrò, actiuè, qua alter ex contrahentibus alterum obligat, citrò paſſiuè, quatenus alteri obligatur *l. 19. de Reb. cred. l. 2. §. 3. de obl. & Act.* non tam vt alter obligatus ſit præciſè ad exigendum, quàm alter ad dandum,

dandum, faciendum vel præſtandum, *fac. l.3. de obl. & Act.* multò minùs vt aliqui ſint contractus, qui pariunt vltro citro obligationem, & proprii ſint; aliqui verò, qui non pariant vltrò citro obligationem, & improprii propterea debeant appellari. Omnis bonus contractus eſt vltro citro obligatio, *juxt. d.l.* 19. aut mutuam tolle obligationem, ipſum contractum ſuſtuleris. Quid enim adſpiciamus mutuum, vel ſtipulationem. Is, qui mutuum dat, vel ſtipulatur, ſi ſua datione, ſua interrogatione ſibi alterum non obligaret, non vtique poſſet obligationem acquirere, *fac. d. l.* 19. *de Reb. cred. l.* 2. §. 3. *de obl. & act.* Proinde ſiue de contractu, ſiue de contracto agatur *in d. l.* 19. ſalua res eſt. Quædam definit labeo agi, quædam contrahi, quædam geri. Actum accipit in terminis facti, ſi verbis, vt in ſtipulatione, vel re quid agatur, vt in numeratione. Stipulatio quid ni eſſe poſſit in contractu, qui interrogatione & reſponſione perficitur, tale facti verbum, quale eſt numeratio in mutuo. Numeratio eſt ipſe numerationis actus *l.* 4. *de SC. Maced.* Stipulatio interrogationis dum fit, & vbi facta fuerit; plane vt nihil vltra ſuperſit de facto, quàm facti memoria veluti numeratio, vel ſtipulatio quomodo ſit facta: ſufficiente porro contrahentibus effectu juris, id eſt, ipſa inde acquiſita obligatione, quàm relinquit. Nam acquirimus vulgò aut

aliquod

aliquod Dominium, aut aliquam obligationem,& ex ea actionem, quæ ei ineſt. Dominium adquirimus ſuis modis: ex contractibus ſiue bonis ſiue malis acquiritur nobis obligatio. Quid? contractus malus eſtne vltro citro obligatio? malo more fit, *fac.l.8. Quod met.cauſ.l.19.§.1.Negot.geſt.l.1.§.12. de extraord. cogn.* igitur ad alium morem contrahitur. Obligationes, quæ ex maleficio naſcuntur, omnes re conſiſtunt, id eſt, ipſo maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantùm re conſiſtant, ſed etiam verbis & conſenſu. *l.4.de obl.& Act.* Sic obligationis ex contractu vel quaſi vita aliter incipit: aliter vita obligationis ex delicto vel quaſi. Vita obligationis ex contractu mutua fide in datione, & verbis, mutuo conſenſu contrahentium fit. Vita obligationis ex delicto incipit non ex facto mutuo, non ex conſenſu mutuo, ſed ab vna delinquentis parte ex ſolo delicto contra conſenſum eius, quem lædit, contra fidem aliquando eius, quem decipit. Atque hæc cò pertinent, vt intelligamus obligationem ex contractu honeſtiorem & vtiliorem eſſe, proinde digniorem longiori vita; econtra obligationem ex delicto eſſe prolem peccati, quod optabilius fuiſſet non committi, quàm vt obligationis ex eo contractæ vitam poſt mortem delinquentis prorogari & in heredem transfundi conueniens ſit. At hoc faciunt,

ciunt, qui actiones ex delicto merè rei perſecutorias ſuſtinent in ſolidum dari aduerſus eorum, qui deliquêre, heredes. Vita profectò æquè diuturna, ac habent actiones ex contractu. Delictumne eadem dignum fuerit prærogatiua? In contractibus honeſtum, æquum, vtile eſt, vt ea, quæ fide mutuà, mutuo conſenſu inter defunctos acta ſunt, ſi à viuis non fuerint adimpleta, quoniam bonum ſit, vt fides ſeruetur, adimpleantur ab eorum heredibus, *fac.l.1.de pact.* cum commodo & incommodo, prout fert natura hereditatis quam ſuo periculo ſuſcipiunt. In delictis, quod delinquens deliquit, non honeſtum eſt, non juſtum eſt, vt heredi imputetur ſed malum, & iniuſtum. Malum debet calcari damnari, non propagari vltra eum, qui auctor mali. Quid? In actionibus partim pœnæ, partim rei perſequendæ cauſa comparatis rei perſecutio, quæ eis ineſt, eandem vim habet, non maiorem nec minorem quam rei perſecutio in merè rei perſecutoriis actionibus ex delicto. Atqui in iis non operatur tantum, vt poſſit heres in ſolidum conueniri pœna adiecta eſt, quid tum? licet pœna cum defuncto fuerit mortua, *juxt.l.20.de pœn.* tamen ipſa rei perſecutio, quæ cum pœna nihil commune habet, quid ni tantundem hîc poſſet? Aut vtique in actionibus ex delicto merè rei perſecutoriis ſi heredi, quia heres ſit, propterea

imputâris delictum defuncti, iniuſtus es, poſteaquam nihil iniquius ſit, quàm eum, qui heres ſit, delicti à defuncto commiſſi fieri vel facere heredem. Quòd ſi non imputaris, conditio obligationis, quæ in perſona defuncti fuit, in perſona heredis immutaretur, *contr. l. 2. §. 2. de v. obl.* Quid ergò? obligatio ex maleficio perſonalis paſſiuè perſonæ cohæret, & nunquam eam egreditur, *l. 6. D. de publ. jud.* Actio perſonalis ex contractu actiuè & paſſiuè eſt hereditaria poſt mortem, ideoque antequam adimpleta fuerint, quæ placuere vtrimque, vel mortuis vtriſque contrahentibus nondum mortua eſt, ſed viuit & viget vltro citro in perſonis heredum, etſi nihil ad eos peruenerit. Adeò alia eſt cauſa contrahendi, alia delinquendi *l. 1. §. 2. D. de ex act.* Nec confundi iſtas cauſas oportet. Confundentur, ſi, vt actiones ex contractu, ita & actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum dentur. Neque, qui hoc docent, video, ad quæ principia conuolent. In delictis delinquentes ex conſenſu obligari, pœnæque ſeſe ſubdere volentes voluere magni, multique authores, *arg. l. Imperator D. de jur. fiſc. l. fin. C. Ad l. Iul. Maieſt. l. fin. C. de Collat. fund. patrim. lib. 11. vid.* Vaſq. *de ſucceſſ. creat.* §. 10. *num.* 665. *cum ſeq.* Alciad. *reg.* 3. *præſump.* 93. *num.* 4. Franc. Caldas. 3. *relect. ad l. vnic. C. ex del. def. num.* 9. Quodque plus eſt,

furem

furem contrahere videri cum Domino rei ſubtractæ, vel cum eo, cuius intereſt, rem non ſurripi, & pariter cum lege publica, quæ furtum prohibet, *arg. l.* 7.*de legib.* nominatim tradere auſus eſt, petr. Gregorius 37. *Synt. c.* 1. *num.*21. Equidem ferè fuit, vt opinarer eos, qui volunt actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum dari, hanc opinionem pro fundamento conſtituere, cui ſua iſta ſuperædificenti. Gaudeo: fictionibus iſtis non auſos vti. aliàs ſi conſenſus iſte interpretatione iſta effictus magis, quàm naturalis, nedum ſyncerus eadem poteſtate actiones ex delicto tranſmitti efficeret aduerſus heredes in ſolidum, qua conſenſus in contractibus qui intercedit, actiones ex contractu tranſmitti efficit, nihil video, quod impediret, quo minus vi eiuſdem fictitii conſenſus actiones ex delicto mixtæ pariter & merè pœnales eodem modo aduerſus heredes tranſirent. Atqui hoc abſurdum, igitur & iſta opinio, quæ iſto niteretur fundamento.

CAP. XII.

Actiones ex delicto atque Edicto perpetuas aduerſus heredes non in plus dari, quàm ad eos peruenerit.

ACtiones ciuiles, quales ſunt, quæ ex lege, SCto, & ex ſacris Conſtitutionibus proficiſcuntur, antiquitus competebant per-

petuò, nec vllius temporis præſcriptione tollebantur, ſicuti leges SCta & principum Conſtitutiones perpetuum tale robur etiamnum obtinent. Hodie tam in rem quàm in perſonam actiones certis annorum finibus præſcribuntur. Eæ verò, quæ ex propria Prætoris juriſdictione pendent, plerumque intra annum viuunt. Nam & ipſius prætoris annum fuit imperium. Aliquàndo & in perpetuum extenduntur, id eſt, vſque ad finem ex Conſtitutionibus introductum, quales ſunt eæ, quas bonorum poſſeſſori, ceteriſque qui heredis loco ſunt, non tantùm adcommodauit *in princ. Inſt. de perp. & temp. act.* veluti publiciana, *l. 35. de obl. & Act.* ſed & aduerſus bonorum poſſeſſorem debitoris, quas propter rei perſecutionem, quam habent, dare non recuſauit *l. 35. de obl. & Act.* veluti actiones ex contractu, tum etiam ex delicto ſi quæ, meram rei perſecutionem contineant *d. l. 35.* Quid ergo? quæritur: an & iſtæ poſtremæ quoniam perpetuæ ſunt, ideo & contra heredem inſolidum competant? Adfirmauit Anton. Faber 4. *coniect.* 1. Neque mutauit opinionem iſtam, 76. *decad. err.* 7. vacillauit *d.* 76. *dec. err.* 8. *in princ.* tandem perſeuerauit iterum, 78. *decad. err.* 1. Quod miror. Actiones ſiquidem honorariæ, quæ ex delicto ſunt, & meram rei perſecutionem continent tam à parte Actoris, quàm Rei, quia perpetuæ ſint, ſeu,

quod

quod idem eſt,quia poſt annum dentur,inde probari non poteſt eas etiam inſolidum aduerſus heredes eſſe tranſitorias. Aut certè actiones ex delicto, quas prætor perpetuas fecit propter rei perſecutionem, quam habent,dicendum eſſet eo ipſo factas eſſe actiones ex contractu vel quaſi. Quo quid abſurdius? Actionum ex delicto naturam eo ipſo prætor mutare nec voluit, nec potuit. Non voluit, quoniam omnes actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ, vtut ex prætoris Edicto, vtut perpetuæ, hodieque aduerſus heredes dentur non in ſolidum, ſed de eo duntaxat,quod ad eos peruenit, *l. 11. in fin. l.17.in fin. l. 28. in fin. l. 29. de dol.l.3.§.1. de vi & arm.l. vlt. C. Rer. Amot. l. 20.§.6.de nou.op.nunt.l.13.de publican.l. vnic.C.ex delict. def. l.12.§.7. de precar.* Non potuit; aut potuiſſet facere,delictum vt deſineret eſſe delictum,fieretque contractus. Mirabilis plane metamorphoſis, ſed & iniuſta potentia quæ fuiſſet: *peccatum conuertere in virtutem.* Id quod etiamnum facere eos credendum eſt, qui actiones ex contractu ſicuti contra heredes in ſolidum dari cernunt ita actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum tranſire ſtatuunt. Actio Rerum Amotarum eſt actio prætoria, merè rei perſecutoria, perpetua, ex delicto *l. 21. §. pen.D.de Act.rer. Am.* Actio de dolo illa in factum,cuius fit mentio in *l. 11. in fin. l. 28.*

in fin. l. 29. *de dol.* eſt actio prætoria, merè rei perſecutoria, perpetua, ex delicto *l.* 17. *in fin. d.l.*29.*d. tit.* Actio in factum, cuius ſit mentio *in l.* 52. *de Rei vind.* eſt actio prætoria, merè rei perſecutoria, perpetua, ex delicto *d.l.*52. Actio in factum, cuius ſit mentio, *in l.* 20. §. 8. *D. de Nou. op. Nunt.* eſt actio prætoria, merè rei perſecutoria, perpetua, ex delicto *d. l.* 20. §. 6. Actio ad præſtandam deſtruendi operis patientiam, *iuxt. l.* 22. *de nou. op. nunt.* eſt actio prætoria, merè rei perſecutoria, perpetua, ex delicto *d. l.* 22. Interdictum de precario eſt actio *l.*37.*de obl. & Act.* vtilis *in fin. Inſt. de interdict.* merè rei perſecutoria, prætoria perpetua ex delicto *l.* 12. §. 7. & 8. *D. de precar.* Actio in factum, quæ poſt annum datur *in l.* 1. *l.* 5. *in fin. l.* 7. *in fin. D. de Calumniat.* eſt actio prætoria, merè rei perſecutoria, perpetua ex delicto *l.*35.*de obl. & Act. d.l.*1. Actio Quod metus cauſa poſt annum eſt actio prætoria, meri ſimpli perſecutoria, perpetua ex delicto *l.*14.§.1.*l.*19. *D. Quod met. cauſ.* Omnes hæ actiones dantur aduerſus heredes, nullæ in plus quàm ad eos peruenit, *conf. dd. ll.* idque nullo ex alio fundamento, quàm ex delicto eoquod proficiſcantur. Si Fabri ſententiam ſequeremur, oporteret, vt in ſolidum eas aduerſus heredes dari ſuſtineremus; primum perpetuæ quoniam ſint omnes, deinde merè rei perſecutoriæ quoniam ſint omnes, poſtremò quoniam ad-

uerſus heredes competant omnes. pudet: omnes iſtæ actiones ſunt perpetuæ, omnes merè rei perſecutoriæ: omnes dantur aduerſus heredes, *iuxt. dd.ll.* Ergo viden, nullas eſſe actiones ex delicto merè rei perſecutorias, quæ in ſolidum dentur? Aut vbi extant vſpiam? indignor à viro tanto ſuſtineri regulam, cuius nulla extant nedum dedit vſpiam exempla. Adhuc voluit decidere in genere 78. *decad. err.*1. quod à prudentibus deciſum eſt in nulla ſpecie. Solidiora quis non exſpectaſſet? Cōdictio furtiua vtrum ex delicto ſit actio, nondum liquidum eſt. Deinde ex delicto vtut eſſet, vna eſſet, etiam ſi in ſolidum aduerſus heredem dari eam non negaremus. Vna autem ſi eſſet talis, cur ex vna actione, quæ eſt ſpecialis, regula conſtitueretur generalis? Condictio furtiua eſt actio Ciuilis, proinde perpetua. Quid mirum? Quinimo etſi prætoria ex delicto eſſet, ſi non à regula exciperetur, vt omnes actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ, ita & hæc non eſſet annalis, ſed perpetuò non ſolùm furtum paſſo, ſed & heredi eius ceteriſque ſucceſſoribus perpetuò aduerſus furem in ſolidum, perpetuò aduerſus eius heredem, quatenus ad eum peruenerit ex re furtiua, competeret. Ita nos 1. *Membran. ecl.* 18. Hæc reprehendit Aduerſarius 78. *decad. err.*1. Ecquo fundamento? *Cum,* inquit, *tractamus de actione perpetua, quæ tranſeat*

etiam contra heredem, ita ſemper intelligimus, vt perpetuò detur & in ſolidum non minùs aduerſus heredem quàm aduerſus defunctum, non autem de eo tantùm quod ad heredem peruenerit. Itane? *Semper*, ait; hoc eſt, in actionibus tam ex delicto, quàm ex contractu. Non eſt ita: ſcire eſt per cauſam cognoſcere Cauſam delicti non expendit hac in re diſcernendam eſſe à cauſa contractus *iuxt.l.1.§.2. de exerc.act.* Cauſa profectò quæ eſt, vt ignorarit tam facilia. cum tractamus de actione perpetua, quæ tranſeat etiam contra heredem, ſi tractamus de actione ex contractu vel quaſi, nemo neſcit eam perpetuò & in ſolidum aduerſus heredem competere. In contrarium cum agitur de actione ex delicto vel quaſi, ſcimus omnes actionem ex delicto merè rei perſecutoriam, ſiue Ciuilis ſit, *in princ.Inſt.de perp. & temp.act.* ſiue prætoria, perpetuam eſſe *l.35.* ibi *poſt annum de obl.& Act.* atque in heredem dari *d.l.35.* ibi *vt cùm agimus cum bonorum poſſeſſore.* Ergone in ſolidum? abſit. Alia eſt cauſa delicti, alia contractus *d.l.1.§.2.de exerc, act.* Vnde heres tenetur actione doli in factum perpetua de eo, quod ad eum peruenit *l.13.l.29. D.de dol. mal.* item actio in factum ex vi aduerſus heredem competit perpetuò, ſed non in amplius quàm ad eum peruenit *l.3.§.1.de vi & vi armat.* Actio rerum amotarum competit perpetuo *l.21.§.pen.D. de Act. rer. am.* aduerſus heredem de

de eo, quod peruenit *l. vlt. C. d. tit.* Interdictum de precario competit perpetuò *l.12.§.7. de precar.* aduerſus heredem de eo, quod peruenit *d.l.12.§.8.* Actio *Quæ in fraud. creditorum*, heredi ceteriſque ſucceſſoribus perpetuò competit, ſed & in heredes ſimileſque perſonas datur *l. 1. §. 24. & 25.D. Quæ in fraud. cred.* non tamen vltra quàm ad eos peruenit *l.11.D. tit.* viden? Sententia Fabri ſi obtineret, quoniam perpetuæ exiſtant hæ actiones, quoniam in heredes porro tranſire dicantur *juxt. dd.ll.* oporteret, vt concluderemus omnes iſtas aduerſus heredes in ſolidum competere. Merus error. Condictio furtiua ſi eſt actio ex delicto, recte dicitur eſſe perpetua, tum etiam, quia rei perſecutionem habeat aduerſus heredem competere *juxt. l. 7.§.1. de Cond. furt.* an in ſolidum? non magis, quam actiones iſtæ & ſimiles ex delicto, quarum iſta facta commemoratio. Plus non ſcripſeram, adhuc reprehendor. agnoſco cauſam. Ignorauit vir acutus, cur actiones ex maleficio merè rei perſecutoriæ dicantur perpetuæ, tum etiam aduerſus heredes dari, ceteræ non dari, niſi vt eis lucrum extorqueatur. Næ hinc exiſtimauit inter actiones pœnales, & merè rei perſecutorias ex delicto non poſſe conſtitui differentiam, niſi in eo, vt illæ, quæ pœnales ſunt, non dentur, niſi in id, quod ad heredem peruenit, hæ verò dentur in ſolidum. *vid. 76.*

 decad.

decad. err. 6. O me. Actiones merè pœnales prorſus non dantur aduerſus heredes *vid. intr. c.* 14. actiones partim pœnæ, partim rei perſequendæ gratia comparatæ non dantur aduerſus heredes, niſi vt eis lucrum extorqueatur, *vid. ſupr. c. prox.* Ecqua tandem de cauſa alia, quàm vt cognoſceremus haſce propterea dici non competere aduerſus heredes, niſi vt eis lucrum extorqueatur, vt ſciamus eas eſſe annales, non perpetuas *l. 35. de obl & Act.* actiones verò merè rei perſecutorias propterea dici nominatim aduerſus heredes dari de eo, quod peruenit, vt ſciamus eas eſſe perpetuas, non annales, *l. 19. D. Quod met. cauſ. l. 17. in fin. l. 28. D. de dol. l. 3. §. 1. D. de vi & vi armat. d. l. 35. de obl. & Act.* Eiuſdem ingenii & ſubtilitatis eſt, dum actionem *in factum* ex cauſa Interdicti *vnde vi*, cuius fit mentio *in l. 1. in princ.* ibi *poſt annum* item *d. l. 1. in fin. l. 3. §. 1. D. de vi & vi armat.* nondum vidit ſeparandam eſſe ab ipſo Interdicto *vnde vi.* vid. *76. decad. err. 7.* Inter quæ tamen quanta ſit differentia, non eſt ambiguum. Illa namque *in factum* actio eſt merè rei perſecutoria de eo, quod peruenit ad eum, qui vim fecit *l. 1. in princ.* ibi *poſt annum D. de vi & vi arm.* factum recitans ſolum, nullam vim atrocem nominatim exaggerans, proinde omni etiam carens infamia, *d. l. 1. §. 43.* vt mirum non ſit aduerſus heredem perpetuò eam competere *iuxt. d. l. 3. §.*

1. *d. l. 1. in*

1.*d.l.*1.*in princ.*ibi,*poſt annum.* Interdictum autem hoc intra annum datur *d.l.*1.*in princ.*& ad ſolam vim atrocem, quam exprimit,pertinet *d. l.* 1. §. 3. vnde aduerſus heredem non datur *d.l.*1.*in princ.*niſi vt ei lucrum intra annum extorqueatur *d. l.* 35. *de obl. & Act.* vnde infamia omni non caret *d. l.* 1. §.43. aut contra patronum liberto, contra parentes liberis daretur, quod ſecus eſt,*d.l.*1.§.43. Quid? actio illa in *factum* ex cauſa Interdicti contra Patronum liberto, contra parentes liberis competit. *d.l.*1.§.43. Tantum abeſt,vt actio illa *in factum* merè pœnalis ſit, ſeu, quod idem, dolum & factum puniens eius,qui vim fecit,prout peſſimè enuntiatur *d.*76.*decad.err.* 7. Non miror. perpetuò errat, qui falſis, non perpetuis vtitur principiis.

CAP. XIII.

Actiones ex delicto atque Edicto annuas aduerſus heredes intra annum non in plus dari, quàm peruenerit. Similiter actiones in factum poſt annum annuis ſurrogatas.

ACtiones, quæ antiquitus erant perpetuæ, hodie ſunt temporales, quatenus ad certum tempus per Conſtitutiones coarctatæ, *in princ.Inſt.de perpet.& temp.act.* vid.*cap. præc.* Aliam habent naturam actiones illæ

prætoriæ, quæ intra annum quoniam dantur, temporales etiamnum adpellantur. Enimuero principaliter præter rei perſecutionem, quam continent, pœnales ſunt, ideo nec in heredem dantur, niſi vt lucrum ei extorqueatur, ſicuti fit in actione *doli mali*, & interdicto *vnde vi* & ſimilibus *l.* 35. *de obl. & Act.* Si placet, hæc duo actionum annalium & pœnalium exempla perſequamur accutatiùs, vt deciſio, quæ extat *in d. l.* 35. intelligatur pleniùs. Actiones ex contractu vel quaſi vnâ reguntur regulâ. Actiones ex delicto vel quaſi vno eodemque reguntur jure. Similiter actiones ex delicto merè pœnales, quæque pœnalium regantur jure. Hinc Interdictum *vnde vi* intra annum competit, poſt annum non competit *d. l.* 35. quoniam eſt pœnalis, aut iniuriè intra annum coarctaretur, ex æquitatate contra heredem etiam intra annum competit de eo quod habet & peruenit *d. l.* 35. quoniam rei perſecutione non deſtituatur omnino. Quia verò poſt annum eo caſu indecens eſſet, vt ad rē ſaltem recipiendam deficeret actio, auxilium tulit prætor excogitata *in factum* actione, quæ non in ſolidum aduerſus eum, qui vim fecit, eo caſu ampliaretur, ne alioquin interdictum *vnde vi* fieret perpetuum contra naturam ſuam, ſed de eo, quod ad eum peruenit, perpetuò concederetur *l.* 1. *in princ.* ibi *poſt annum d. l.* 1. *in fin. d. l.* 3. §. 1. Quo auxilio

non

non fuiſſet opus, ſi actionum prætoriarum ex delicto pœnalium ea eſſet natura, vt poſt an- num dari non prohibentur. Sed quia tales non ſunt perpetuæ; ideo intra annum dantur in ſolidum contra eum qui deliquit, contra eius heredem de eo, quod ad eum peruenit *d. l. 35. de obl. & Act.* poſt annum nec contra eum, qui deliquit in ſolidum, nec contra eius heredem, vt lucrum ei extorqueatur, compe- tunt *juxt. d. l.* 35. Aut forent perpetuæ. Perpe- tuæ namque quæ dicuntur & in heredem dari, non tales æſtimantur, quaſi propterea in ſolidum aduerſus heredes dentur, ſed vt ſcia- mus perpetuò, hoc eſt, ad finem ex Conſtitu- tionibus introductum eas competere eo mo- do, quo juxta naturam, quam habent, & ſo- lent & poſſunt competere, *fac. l.* 19. *D. Quod met. cauſ. l.* 17. *in fin. D. de dol.* in ſolidum nem- pe, ſi ex contractu oriantur: de eo, quod per- uenit, ſi ex delicto taliter, vt rei perſecutione non omnino deſtituantur *fac. l.* 9. §. 4. *in fin. de dol. mal.* Similiter actio de dolo malo eſt actio prætoria pœnalis, quoniam famoſa eſt & deficiente omni alia actione pœnæ nomi- ne præbetur *l.* 1. §. 4. *D. de dol. mal.* Hæc olim poſt annum vtilem non dabatur, *l.* 35. *de obl. & act.* hodie continuo biennio præſcribitur *l. vlt. C. de dol.* Ideoque intra illud tempus nec con- tra heredem competit, niſi vt ei lucrum ex- torqueatur *juxt. d. l.* 35. poſt annum jure dige-

ſtorum

ſtorum poſt biennium jure Codicis nec contra eius heredem de eo, quod ad eum peruenit, competit, quandoquidem pœnalis & non ſit perpetua. *d. l.* 35. Quid ergo? poſt annum an non iniquum eſſet, ad rem recipiendam quæ mihi dolo abeſt, ſi actio deficeret? Recte: hoc caſu ſubſtituta eſt actio *in factum* merè rei perſecutoria, perpetua, ex dolo *fac. l.* 11. *in fin. l.* 13. *l.* 17. de eo, quod peruenit tam aduerſus eum, qui dolo commiſit, quàm eius heredem citra infamiam *l.* 28. *in fin. l.* 29. *De dol. mal.* Neque obſcurum eſt, cur hæc tam variè? In interdicto *vnde vi* mentio fit non ſimplicis facti, ſed atrocitas facinoris exprimitur, vt cognoſcatur pœnæ nomine inuentum eſſe remedium *l.* 1. §. 3. §. 43. *D. de vi & vi armat.* In actione de *dolo malo* non item facti ſimplicis fit mentio, ſed expreſſè exaggeratur indignitas doli mali. *d. l.* 35. *de obl. & Act.* At econtra Actio *in factum* ex cauſa interdicti jam dicti quoniam careat mentione delicti jam dicti tam atroci, tam apertâ *d. l.* 1. *in fin. l.* 3. §. 1. *D. de vi & vi arm.* item actio *in factum de dolo* quia careat odioſa doli mali exaggeratione *l.* 11. *in fin. l.* 28. *in fin. l.* 29. *D. de dol.* næ ideo tota eſt vtraque hæc rei perſecutoria, næ ideo vtraque poſt annum datur de eo, quod peruenit aduerſus eum, qui vim fecit vel dolo commiſit; næ vtraque ideo contra heredem datur de eo, quod ad eum peruenit. *juxt. d. l.*

35. *de obl. & Act.* vtraque, quæ aduerſus eum qui vim fecerat vel dolo commiſerat, in ſolidum danda fuiſſet, ſi ex interdicto *vnde vi* & actione *de dolo malo* dari poſt annum potuiſſet. Sanè differentia hæc quam inter actiones perpetuas & annuas hîc obſeruamus, vt obſeruetur, non inutilis eſt. Honorariæ ſiquidẽ actiones ex delicto, quæ meram rei perſecutionem continent, & poſt annum dantur, ſi non nominatim contra heredes de eo, quod ad eos peruenit, darentur, eò ipſo deſinerent eſſe perpetuæ ea ex natura, ob quam ſunt perpetuæ *l. 3. §. de vi & vi armat. l. 8. §. 7. de precar. l. 20. §. 6. de nou. op. nunt. l. 17. in fin. l. 28. l. 29. de dol. l. 19. D. Quod met. cauſ.* Actiones verò honorariæ ex delicto, quæ principaliter ſint vel pœnales, vel quaſi pœnales, ſecundariò rei perſecutoriæ, intra annum ſicuti dantur, neque vltra etiam aduerſus heredes, quatenus æquum, vt lucrum eis extorqueatur *juxt. l. 35. de obl. & Act. l. 38. de Reg. jur.* ita nullæ tales poſt annum taliter dantur, eoquòd ſint annuæ, non perpetuæ, veluti actio prætoria, cuius fit mentio *in l. 7. in princ. D. Quod falſ. tut.* Hæc eſt actio ex delicto naturam habens pœnalem, vi ipſa rei perſecutoria *d. l. 7. §. 2.* poſt annum non datur, neque in falſum tutorem, neque in heredem eius quandoquidem non ſit perpetua *l 9. Quod falſ. tut.* actioque taliter pœnalis non eſt illa, prout ſomniant, quæ

ſimpliciter

ſimpliciter ex delicto eſt, ſed quæ pœnæ nomine *l. 9. in fin. de Reb. auth. jud. poſſ.* concepta eſt, proinde non pœnam ſed vel veram rei æſtimationem, ſi res, quæ abeſt, recipi nequeat, perſequatur *d.l.7.§.2.* vel ad rem ipſam, quæ abeſt, atque adhuc extat recipiendam, pœnæ loco deſeruiat. Aliud eſt pœnam perſequi, aliud eſt veritatem perſequi nomine pœnæ, ſeu quod idem eſt, vt factum puniatur nuda non nudæ ſed in delictum conceptæ actionis conceſſione; *juxt. l. 9. Quod falſ. tut. d.l.7.§.2. eod. tit.* pœnam perſequimur inſtitutis actionibus ex maleficio vel merè pœnalibus vel verè pœnalibus primariò, rei perſecutoriis ſecundariò, quæ mixtæ adpellantur. Pœnæ verò nomine concepta quæcunque eſt actio, non in veritate eſt actio pœnalis, alioquin pœnam non veritatem perſequeretur quod ſecus eſt *l. 7. §. 2. Quod falſ. tut.* Quid ergo? in veritate rei perſecutoria eſt, vigore & rigore formulæ, quæ in delictum loco pœnæ concepta eſt à prætore citra pœnam aliam, pœnalis eſt *fac. d.l.9. Quod falſ. tut. l.9. in fin. de Reb. auth. jud. poſſ.* Plane eodem & ſenſu, & modo, quo de natura Interdicti *vnde vi* & actionis *de dolo malo* hîc ſupra diſſeramus. Nam hæ actiones ſicuti eam habent naturam, vt poſt annum non dentur, neque aduerſus eum qui deliquit, nec aduerſus eius heredem *vid. ſupr.* ita idem dicendum eſt iis de

de actionibus, quarum ſit mentio *in. l. 9. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. Auth. jud. poſſ.* lubenter quod repeto, vt occurram Antonio Fabro 78. *decad. err.* 1. dum ait, *& ipſas actiones pœnales, quas & anno finiri & morte extingui conſtat, non eò minus tamen poſt annum & mortem durare & extendi contra heredem ſi quid ex delicto defuncti ad eum peruenerit vt turpe lucrum ei extorqueatur. l. 5. de Calumn. l. 16. §. vlt. D. Quod met. cauſ. & aliis ſexcentis.* Error intolerabilis. Quid enim ſi Interdictum *vnde vi*, actio item de *dolo malo* poſt annum darentur contra heredem de eo, quod ad eum peruenerit, falſum eſſet, quod definiuit Caſſius, actiones iſtas & ſimiles eſſe annuas *juxt. d. l. 35. de obl. & Act.* verumque euaderet, quod eſt falſiſſimum, omnes ceteras actiones ex delicto prætorias, & per conſequens annuas, eſſe perpetuas. Quando & ipſæ actiones ex Edicto perpetuæ in heredem plus non ſint perpetuæ, quàm vt perpetuò dentur de eo, quod ad eum peruenit *l. 13. Quod met. cauſ. l. 17. l. 28. l. 29. de dol. l. 20. §. 6. & 8. de nou. op. nunt. l. 3. §. 1. D. de vi & vi arm.* ſi ex delicto deducatur earum ortus. Actiones, ex delicto, quæ anno finiuntur, ait poſt annum durare & extendi contra heredem, ſi quid ex delicto defuncti ad eum peruenerit. Quod ſi autem poſt annum durant aduerſus heredem de eo, quod peruenit, neceſſe eſt vt & aduerſus eum, qui deliquit, tam

tam diu durent eatenus. Atqui ſi aduerſus delicti auctorem poſt annum durent de eo, quod ad eum peruenit, *juxt.l.4.D. de interdict.* falſum erit, eas eſſe annuas, verumque fiet, quod eſt falſum, poſt annum actionem ex delicto, quæ contra delicti auctorem in ſolidum competebat, bono delinquentis diminui, ſolidique loco ſubſtitui id, quod peruenit, tum eatenus eſſe perpetuam. Quo quid abſurdius? Rurſus ſi voles actiones eas, quæ anno finiuntur poſt annum prorſus non dari aduerſus delicti auctorem, id eſt, nec in ſolidum, nec in id quod peruenit, conſequens fit, vt nec heres eius de eo quod ad eum peruenit, poſt annum teneri poſſit. Aut conditio obligationis, quæ in perſona defuncti fuit, in perſona heredis immutaretur, violato expreſſi juris tenôre *l.2.§.de v.obl.* Heres namque eiuſdem juris poteſtatiſque eſt, cuius fuit defunctus. Igitur ſi auctor delicti poſt annum nec in ſolidum, nec in id quod ad eum peruenit, tenetur, fieri non poteſt, vt heres eius de eo, quod ad eum peruenit, teneatur ea actione, qua defunctus, cuius perſonam repreſentat, refragante actionis natura teneri diutius non potuerat. In ſumma quicquid hac in re conſtitueris verum eſſe, id falſum ſtatim apparebit. Eritque hoc ex genere illo perplexorum & τῶν ἀπόρων, de quibus tractat Africanus *in l.88.Ad l.falcid.* Faber noſter

78.*decad.*

78. *decad. err.* 1. Non minùs peccat idem auctor *d. loc.* dum ait, *& ipſas actiones pœnales, quas morte delinquentis extingui conſtat, poſt mortem delinquentis dari contra heredem de eo, quod peruenerit.* Dogma itidem intolerabile quod profligamus *infr. c.* 14. *&* 15. prolixiùs. Hîc propoſitum fuit, naturam actionum ex delicto annuarum exponere. Quo in tractatu exaggerare præterea licet, ſi actiones pœnales ex delicto, eæque annuæ poſt annum contra heredem darētur de eo, quod ad eum peruenit, prout falsò aduerſarius præſupponit, immerito ſollicitum fuiſſe prætorem, vt interdicto *vnde vi* poſt annum ceſſante ei adiungeret, ne actio deinceps deficeret, de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, actionem *in factum* minùs vberem ſed durantiorem *text. expr. in l.* 1. *in princ.* item *in fin. l.* 3. § 1. *de vi & vi arm.* prætor adiuuat & ſupplet jus Ciuile *l.* 7. *de juſt. & jur.* non iterat ſuum. Actioni ſuæ actionem *in factum* ſubſtituere nec pleniorem nec durantiorem, iterare fuiſſet non adiuuare. Differt autem Interdictum *vnde vi* quod annuum eſt, ab actione *in factum* cuius fit mentio *in l. in princ.* item *in fin. item in l.* 3. § 1. *de vi & vi arm.* non ſolùm, in eo, quòd hæc perpetua ſit, ſed & in eo, quòd interdictum intra annum aduerſus eum, qui vim fecit in ſolidum, contra heredem de eo, quod poſſidet, poſt annum contra neutrum iſto modo

competat. Actio verò iſta in factum vbi interdictum deſinat, inde incipiat, ac quidem non in ſolidum contra eum, qui vim fecit, ne alioquin interdictum *vnde vi* perpetuum faceret, ſed tantùm de eo, quod ad eum peruenit. *d. l. 1. in princ.* ibi, *poſt annum* neque mala juſtitiæ iſta figura. Vigilantibus adeſt jus, annumque vim paſſo dederat vt jure ſuo vteretur: intra annum non eſt jure ſuo vſus? imputet ſibi, qui debuerat vigilaſſe. Quòd autem poſt annum actio in factum opis nonnihil iterum afferat, vtile viſum eſt prætori jus tale, non tam vt vim paſſum qui in tempore non vigilauerat, denuò ſolaretur, quàm ne Reus locupletaretur ex re aliena. Fuſiúſque quod ita explico, vt natura iſtius interdicti, tum etiam iſtius *in factum* actionis vſus intelligatur. Neque hoc ſolùm: idem de differentia inter actionem de *dolo malo*, & actionem *in factum* ex cauſa doli ſentiendum eſt *vid. ſupr.* Neque hoc ſolùm: idem habendum eſt de differentia inter actionem *dol. mali* illam, cuius fit mentio *in l. 9. in fin. de Reb. Auth. jud. poſſ.* & actionem in factum, quæ aduerſus eum, cuius dolo poſſeſſio deterior facta eſſe dicetur, conceditur de eo, quod peruenit *d. l. 9. in princ.* ibi *judicium in factum l. 11. de Reb. auth. jud. poſſ.* Quid ita? ſi poſſeſſionis cauſa deterior facta eſſe dicetur dolo eius, qui in poſſeſſionem miſſus eſt actio in eum de *dolo* datur talis,

lis, quæ neque poſt annum, neque in heredes datur, talis quæ ex delicto oritur, talis, quæ pœnæ nomine concepta eſt, niſi quatenus ad eum, cuius dolo deterior poſſeſſio facta eſt, peruenit *d. l. 9. in fin. & l. 10. ſeq.* Ac ſi diceret Paulus; actio illa in factum, quæ datur aduerſus eum, cuius dolo poſſeſſionis cauſa facta eſt deterior, non vltra quàm ad eum peruenit, non eſt pœnæ nomine concepta, datur item contra heredes, quatenus ad eos peruenit, poſt annum non negatur, quandoquidem merè eſt rei perſecutoria *d. l. 9. in fin. l. 10. & l. 11. de Auth. jud. poſſ.* Similiter Actio de *Calumniatoribus* eſt actio partim pœnalis, partim rei perſecutoria atque etiam annalis. Heredi non datur ex ſingulari voluntate prætoris volentis ſufficere ei debere, quòd ſimplum, hoc eſt, eàm pecuniam, quam defunctus dedit, repetere poſſit *l. 4. de Calumn.* perpetua *in factum* actione *l. 1. in princ. de Calumn.* In heredem autem intra annum competit in id, quod ad eum peruenit, *l. 5. d. tit.* quandoquidem pœnæ quadrupli inſit ſimplum, ideoque rei perſecutione non omnino deſtituatur. Iam verò tuam Faber Ampliſſime ſententiam ſi ſequeremur, nimirum *eas etiam actiones, quæ anno finiuntur, poſt annum durare & extendi aduerſus heredem, vt turpe lucrum ei extorqueatur, juxt. 78. decad. err. 1.* oporteret vt dicerèmus hanc de *Calumniatoribus* actionem poſt

annum quoque contra heredem dari de eo, quod peruenit *juxt.l.5.de Calumn.* Hoc autem ab omni juris ratione quàm alienum foret, jam abundè demonſtratum eſt. Quid ergo? poſt annum à prætore ſubſtituta eſt actio *in factũ*, quâ ſimplum perſequimur *d.l.1 in.princ. l.5.in fin.de Calumniat.* Hæc eſt merè rei perſecutoria in ſolidum ſimplum, perpetuò competens aduerſus eum, qui ob negocium faciendum, vel non faciendum pecuniam per calumniam accepit *d.l.1.in princ. &* §.1. perpetuò competens quoque aduerſus heredem de eo, quod peruenit, *d. l.5.de Calumn.* Qua in re duplex iterum error Aduerſarii ſe prodit. Primùm actionẽ de *Calumniatoribus 76.decad. err.6. in fin.* confundit cum actione *in factum*, cuius mentio fit *in d.l.1.in princ. & in l. 5. in fin. d. tit.* vtique principalem actionem debuerat ſeparâſſe ab actione ſubſidiaria, annuam à perpetua, pœnalem denique à merè rei perſecutoria. Deinde ait, actionem de *Calumniatoribus* non tantùm à parte actoris, ſed etiam à parte Rei pœnalem eſſe, nec vllo modo rei perſecutionem continere. *vid.d.loc.* Nec acutè nec verè: Simplum cum tripli pœna efficit quadruplum, ad quod in iſta actione agitur *d.l.1.in princ.l.5.§.1. de Calumn.* Simplum iſtud eſt pecunia iſta, quæ per calumniam abeſt *l.4. d.tit.* Ergo mixta actio, partim nempe pœnalis, partim rei perſecutoria, non certè merè

pœnalis,

pœnalis, prout ſomniat. Qualis etiam error eſt, dum exiſtimat actionem, cuius fit mentio *in l.* 9. §. 1. *D. Quod falſ. tut.* partim pœnalem eſſe, partim rei perſecutoriam, *vid. d.* 76. *decad. err.* 6. Quinimo eſt actio in dolum & pœnæ nomine concepta *d. l.* 9. §. 1. *d. tit.* Hæc conceptio eam verè pœnalem efficeret, ſi pœnam non veritatem perſequeretur *fac. l.* 7. §. 2. Quia verò veritatem, non pœnam perſequatur, *d. l.* 7. §. 2. næ ideo quaſi pœnalis eſt propter dolum, in quem puniendum concepta eſt *d. l.* 9. §. 1. Quia verò contra heredem ſiue intra annum ſiue poſt annum ne quidem de eo, quod ad eum peruenit, datur vſpiam *d. l.* 9. §. 1. næ ideo quaſi merè pœnalis eſt. Actio merè pœnalis non datur aduerſus heredem de eo, quod peruenit, *vid. infr. c. prox.* Ita nec hæc quaſi merè pœnalis. Scio, æquum eſſe, vt lucrum heredi extorqueatur. voluit prætor in tanta actionum copia aliis id actionibus fieri, quæ talem habeant naturam. Noluit huic actioni iſtam cõferre, ne aliàs nõn quaſi merè pœnalis eſſet. Ita eſt, veritas, hoc eſt, vera rei æſtimatio verſatur in hac actione *d. l.* 7. §. 2. quid tum? conceptio actionis ad factum puniendum facit totum *d. l.* 9. §. 1. nihil facit, nedum aliquid confert ad actionem in heredem tranſmittendam, vlla, ſi quæ vi ipſa ſubeſt, rei perſecutio. Idque propter voluntatem prætoris quæ hoc caſu deficit. Tantum

abeſt, vt hæc actio, quæ quaſi pœnalis, quæ verè annua eſt, quæ verè ne quidem de eo, quod peruenit, intra annum aduerſus heredem datur, poſt annum duret, extendaturque aduerſus heredem de eo, quod peruenit. Sententia, cuius falſitas vel eò magis quæ notaretur, digna fuit, dum in iſto ſuo errore etiam quoad hanc actionem aduerſarius noſter perſeueret *d.76. decad.err.6. ferè in fin.* ibi, *proinde mirum non eſt &c.* Error, qui profligatus jam ſæpius, & ſatis. Si placet, pergemus ad alia.

CAP. XIV.

Actiones ex delicto merè pœnales prorſus non competere aduerſus heredes. Et ex qua natura.

ACtiones ex delicto merè pœnales aduerſus heredes Rei, niſi lite cum eo ante mortem conteſtata, prorſus non competunt. Hæc regula poſita eſt, *ſupr. c.*1. comprobataque ex *l.*1. *de priuat. del. l.*111.§.1. *de Reg. jur.* §.1. *Inſt. de perp. & temp. act. l.*2. *in fin. d. vi bon. Rapt. l.*33. *de obl. & Act. l.*9. *in fin. &* 10. *de Tut. & rat. diſtrah. l.* 16. *de judic. l. fin. Inſt. de obl. ex quaſ. del. l.*6. *&* 16. *de publ. jud. l.*7. §. *vlt.* D. *Naut. Caupon. l.*21. *de liberal. cauſ. conf.* Hipp. à Collib. *ad l.*38. *de Reg. jur.* frider. Mindan. *de interdict. c.*7. *num.* 47. Borcholten. *ad tit. Inſt. de perp. & temp. act.*

Si

Si placet, in ſpecie nunc eam declaremus accuratius. Acquidem primùm dicitur hæc certiſſima juris regula, niſi lite prius cum defuncto conteſtata *l.33. de obl. & Act.* ex maleficiis merè pœnales in heredem Rei prorſus non competere: prorſus non, vtut ad eum aliquid peruenerit. §.1. *Inſt. de perp. & temp. act. l.1. de priuat. del. l.* cxi. *in fin. de Reg. jur. l.15. C. de furt. l.13. l.15. §.14. D. de iniur. l. vlt. de pop. act. l.24. de in jus voc. l.3. de Sepulchr. violat. l.2. in fin. D. vi bon. rapt. l.16. de judic. l.16. de publ. jud. §. fin. Inſt. de obl. ex quaſ. mal. l.3. §. pen. D. Si menſ. falſ. mod. l. vlt. §. 13. D. de public. l. 29. de jur. fiſc. l.21. de liberal. cauſ. l. 7. §. vlt. D. Naut. Caup.* Scio, docere auſum virum Ampliſſimum 4. *coniect.* 1. actiones ex delicto, quæ nullam rei perſecutionem continent, quales ſunt actiones ex delicto merè pœnales, aduerſus heredes etiam dari, in quantum ad eos peruenit, ne contra rationem ſcilicet & æquitatem naturalem ex alieno ſcelere ditentur *l.17. §. vlt. l.26. D. de dol. l.7. §.1. depoſ. l.1. §. vlt. de eo per quem fact. l.38. de Reg. jur. l. vnic. C. ex dol. def.* Ac quidem vſque adeo, vt id velit eſſe perpetuum; ſiue actio rei perſecutionem contineat, ſiue non *l.35. de obl. & Act.* Quàm vellem, ne acutiſſimo viro iſta excidiſſent. Actiones, quæ ex delicto ſunt, & rei perſecutionem non habent, merè pœnales ſunt *l.37. de procur.* nec in id, quod ad heredes peruenit, dantur aduerſus heredes.

Aut quæ malum iſta eſſet doctrina, ſi non principia conuellere animus? Actiones ex delicto merè pœnales nihil bonis Rei defuncto eo detrahunt *l. 32. Ad l. falcid.* Ergo vtique prorſus non tranſeunt aduerſus heredes, *l. 50. D. pro Soc.* eoquod iis actor ſolam pœnam perſequatur, non rem, quæ ſibi abeſt *l. 48. de furt.* & per conſequens ne illud quidem, quod ad heredem furis peruenit, poſteaquam hoc neceſſariò aut totum ſit, quod actori abeſt, ſi in ſolidum res furtiua ad heredem peruenerit, aut pars; ſi aliquid ad eum peruenerit. Pars autem in toto eſt, *l. 7. de except. Rei jud.* Atenimuero in actionibus ex delicto merè pœnalibus nec ſolidum, quod peruenit, nec pars, quæ peruenit, verſatur, ſed planè nihil venit rei ipſius, *fac. l. 48. in princ. l. 54. §. 3. de furt. l. 12. l. 19. C. eod. vid. ſupr.* in qua actor eſt læſus, vel damnum paſſus. Aut videamus, vtrum non heres ſequioris eſſet conditionis, futurus quàm ipſe fuit defunctus. Nam ad nihil aliud hic tenetur, quàm ad meram pœnam. Mera pœna à defuncto debita ab herede exigi non poteſt, quoniam nulla pœna ab heredibus exigi poteſt *l. fin in fin. D. de fideiuſſ. & hered. tut. l. furti C. de furt. l. crimen D. de pœn. l. in Senatus §. ſi propter D. Ad Turpil. l. vlt. §. 13. de nou. op. nunt.* Quòd ſi vtique heres teneretur actione merè pœnali, quatenus ex delicto defuncti ad eum peruenit, actio, quæ

in perſona defuncti fuerat merè pœnalis, in perſona heredis mutaretur, fieretque ex parte rei perſecutoria. Atat heres eiuſdem iuris poteſtatiſque eſt, cuius fuit defunctus. Quid? actio furti eſt actio ex delicto merè pœnalis, & quamuis reſpiciat rem familiarem, quatenus actor damnum in patrimonio ſibi datum per eam ſibi refici poſtulat *fac. l. 4. de publ. jud. l. 2. §. 4. D. de Collat. bon.* adhuc non datur aduerſus heredes furis de eo, quod ex furto ad eos peruenit, *fac. l. 48. D. de furt.* Quanto minus actiones ex delicto merè pœnales ceteræ, *conf. d. l. 2. §. 4. de Collat. bon. l. 24. de in ius voc. l. vlt. Si quis iuſd. non obt. l. 7. de iuriſd. l. 5. l. 6. D. Ne quis eum l. 6. in fin. l. 10. de ſepulch. viol. l. 8. de pop. act.* Actionibus quidem illis pœnalibus, quæ & pœnæ & rei perſecutionem continent, aut ſi quæ pœnæ nomine conceptæ, frequenter addita extat clauſula, licet pœna ad heredem non tranſeat, tamen, quod turpiter vel ſcelere quæſitum eſt, ad compendium heredis non debere pertinere *l. 16. in fin. D. de eo quod met. cauſ. l. 23. §. 8. D. Ad l. Aquil. l. 17. §. vlt. l. 26. de dol. l. 7. §. 1. depoſ. l. 1. §. vlt. D. de eo per quem fact. l. 38. de Reg. jur. l. 35. de obl. & Act. l. 5. de Calumn. l. 1. §. vlt. l. 2. D. de vi & vi arm.* Sed enim hanc clauſulam aliàs ſatis plauſibilem reſpuit natura actionum ex delicto merè pœnalium: admittit natura actionum ex delicto partim pœnæ, partim rei, vel merè rei perſequendæ cauſa

comparatarum. Quid ergo? Pluries contra hanc regulam peccauit excellentiſſimus Faber, veluti 4. *Coniect.* 1. 76. *decad. err.* 4. 76. *decad. err.* 6. & 7. 78. *dec. err.* 1. 80. *decad. err.* 5. *err.* 8. Neceſſarium proinde erat, vt ſemel proponeretur. Neque proficiet, ſi nos remiſerit ad ea *legum* capita, quæ ſupra allegauit, vtpote in quibus agatur, non de actionibus merè pœnalibus, ſed mixtis. Macte: non vicit, ſed confudit actiones, quas debuerat diſtinxiſſe. Fortean deceptus fuit Gothofredo *ad l.* 23. §. 8. *Ad l. Aquil.* Fachinæo 9. *controüerſ.* 5. Donello *ad l. vnic. C. ex del. defunct. num.* 29. Petr. Lorioto *de Apicib. iur. ax.* 14. ac aliis, qui, vt apparet ex probationibus, quas adferunt, per actiones *pœnales* intellexere miſtas. *Interpres autem allegans legem debet intelligi ſecundum ſenſum legis allegatæ.* Actiones ex delicto merè pœnales adverſus heredes Rei, niſi lite cum Reo ante mortem conteſtata, prorſus non competunt. Hæc regula dicitur certiſſima *in* §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* quod exceptione nulla vitietur *arg. l.* 1. *de Reg. iur.* certiſſima; quia leges omnes in hoc conſentiunt, *vid. ſupr.* certiſſima denique, quoniam ipſa etiam ratio naturalis eam confirmet. pœnæ delictorum ſuos tantùm poſſunt tenere authores, & heredes minime comprehendere, *l. ſancimus C. de pœn.* aut quam iniquum eſſet, vt alter pro altero, inocens pro nocente puniretur *fac. l. ſi quis in*

ſuo

ſuo §. *legis C. de Inoff. teſt.* Reipublicæ quidem intereſt, ne delicta maneant impunita. Magis Reipub. intereſt, ne puniantur, qui non deliquerunt *fact. l.* 38. *de Reg. iur.* Vnde receptum, cum pœna alicui irrogatur, ne ad heredes tranſeat, cuius rei illa ratio videtur, quod pœna conſtituitur in emendationem hominum, quæ mortuo eo, in quem conſtitui videtur, deſinat, *l.* 20. *D. de pœn.* Quod ipſum ne quidem à Sacris literis alienum: ***non interficientur patres pro filiis, neque filii interficientur pro patribus quiſque pro peccato ſuo morietur*** deuteron. c. 24. verſic. 26. *Vnuſquiſque propter ſuam iniquitatem mori debet.* Ierem. c. 31. verſic. 30. *Anima, quæ peccauit, ipſa morietur, nec filius iniquitatem patris portabit.* Ezech. c. 18. verſic. 4. Adeo moralis legis violatorem punire naturâ æquum eſt, non heredẽ, qui eam non violauit, Bion *apud Plutarch. de ſera Num. vind.* Plato 9. *de legib.* nec aliter Seneca, dum ait, ***nihil iniquius eſſe, quàm aliquem odii paterni heredem fieri.*** Omnino rectè. Pœna eſt delicti vindicta *l.* 131. *de v. Sign.* delictum delinquentis perſonam egredi non poteſt *d. l.* 20. *de pœn. l.* 22. *C. eod. fac. tot. tit. ne fil. pro patr.* Quod ſi innocens heres ex nocentis defuncti delicto teneretur, delictum delinquente moriente non moretur, ſed eius perſonam egrederetur. Hoc autem quàm iniquum foret, quàm contra principia præclariſſimæ noſtræ Iuriſprudentiæ foret, dum

dum dictant vnumquemque ex ſuo admiſſo ſorti ſubiici, neminemque alieni criminis ſucceſſorem fieri *l.26.D.de pœn.* Iam verò ſi delicta defunctorum non propagantur ad eorum heredes, fieri non poteſt, vt pœna propagetur. Atque ex hac natura fit, vt actiones ex delicto vel quaſi non illam habeant naturam, vt aduerſus heredes promiſcuè tranſeant. Sunt, quæ poſſunt dari in id, quod ad eos peruenit. Meræ pœnales non poſſunt propter naturam eis eatenus vel ab ipſa natura rei negatam. Quandoquidem non eſſent aliàs merè pœnales. aut quàm abſonum eſſet furti actione ab herede extorqueri, quod ex furto defuncti ad eum peruenit *vid. l.48. in princ. l. 54. de furt.* Fateor, æquum eſſe ne id, quod ad eum ita peruenit, ei relinquatur, poteſt condictione furtiua, ad exhibendum actione, & vindicatione recuperari *l.1.de priuat. del.* Neque pluribus attinet hæc perſequi, quæ clara ſunt. Vt non dicam, quamuis Aduerſarii opinio extet, 4. *Conject.*1. maluiſſe me adſcribere hunc errorem ætati, quam agebat vir Magnus, cum iſta ſcriberet. Nunc, ne quod res eſt, diſſimulem, incidi in *decad. err. 76. err. 7.* videoque eum docere ſeriò, certiſſimam eſſe juris regulam, quæ extet *in §. non autem Inſt.de perp.& temp. act.* ex maleficiis *pœnales* actiones in heredem *non dari*, ſcilicet *in ſolidum*; Quin dari debeant de eo, quod peruenit ad heredem,

dem, dubitare neminem vt turpe lucrum ei extorqueatur *l. 35. de obl. & Act. l. 5. de Calumn. l. 1. §. vlt. l. 2. D. vnde vi & alibi paſſim.* Itanè? putat actiones ex delicto merè pœnales in heredes non dari, (quomodo, *non dari?* aduertite ad gloſſema) *ſcilicet in ſolidum:* dari nihilominus in id, quod peruenit. Amabo te, ecquid hoc aliud, quàm actiones tales merè pœnales, eſſe quoque pro partè rei perſecutorias? ecquid hoc aliud, quàm nullas eſſe actiones ex delicto merè pœnales? Actio furti merè pœnalis eſt, Actio iniuriarum merè pœnalis eſt, non dantur aduerſus heredes, nequidem de eo, quod ad eos peruenerit. Actio, *Si quis juſdicenti non obtemperauerit.* merè pœnalis eſt, & in heredem prorſus, non datur, *l. vlt. Si quis juſdic.* Actio *de Albo corrupto* eſt actio merè pœnalis, in heredem prorſus non datur *l. 7. de juriſd.* Actio *de in ius vocando aduerſus libertum, qui patronum ſuum ſine venia in ius vocauerit*, eſt actio merè pœnalis, in heredem prorſus non datur *l. 24. de in ius voc. §. fin. Inſt. de pœn. tem. lit* Actio *in factum* de qua *in l. 14. de liberal. cauſ.* merè pœnalis eſt, ideoque aduerſus heredem prorſus non datur, *l. 21. d. tit.* Actio *in factum ex Edicto Si is, qui teſtamento liber &c.* merè pœnalis eſt, *l. 1. in princ.* inde in heredem prorſus non datur, *l. 1. §. 17. D. Si is, qui teſt. lib.* Actio *per imprudentiam malè iudicati* quatenus inſtituitur ex quaſi maleficio, merè

pœnalis

pœnalis eſt, *l. 6. de extraord. cogn.* nec aduerſus heredem datur vllo modo *l. 16. D. de iudic.* præſertim, cum ſi ad heredem inde aliquid peruenerit, hoc actione *in factum ex Edicto de Calumniatoribus* merè rei perſecutoria (*vid. ſup. c.* 13.) ei extorqueri poſſit *l. 5. de Calumn.* Quin merè pœnales etiam ſunt omnes actiones populares *l. 5. §. 5. §. vlt. D. de his qui effud. l. 25. §. 2. Ad. SC. Syllan. l. vlt. de pop. act.* In ſumma nullæ ſunt actiones ex delicto merè pœnales, quæ pro delicto defuncti heredes eius inquietent. Nullæ ſunt actiones ex delicto merè pœnales, quæ rei perſecutionem continent. Ergo concludamus actionibus merè pœnalibus heredes non teneri de eo, quod ad eos peruenerit.

CAP. XV.

Actiones ex delicto tam pœnæ quàm rei perſequendæ gratia comparatas aduerſus heredes non dari, niſi in quantum ad eos peruenit. Et ex qua natura alia, quàm merè pœnales.

ACtiones ex delicto partim pœnæ, partim rei perſequendæ comparatas non dari aduerſus heredes, niſi de eo, quod ad eos peruenit expeditum eſt *l. vnic. C. ex del. def. l. 14. §. 5. l. 16. §. fin. D. Quod met. cauſ. l. 5. de Calumn. l. 17. §. 1. l. 26. l. 28. in fin. l. 29. D. de dol. l. 35. de obl. & Act.*

& Act. l. 38. de Reg. iur. l. 23. §. 8. Ad l. Aquil. l. 1. §. 6. l. 2. l. 3. §. 1. de eo per quem fact. Vnde harum actionum natura non reſpuit plauſibilem iſtam æquitatis *clauſulam*, ne heredes ex alieno ſcelere ditentur, quam malè Ant. Faber actionibus etiam merè pœnalibus adcommodauit 4. *Coniect.* 1. Verumenimuero harum actionum natura cognoſcenda imprimis, tum demum jam dicta æquitatis *clauſula*. Quia enim pœnæ perſequendæ mentio primorem in iis locum obtinet, ideò naturâ ſuâ aduerſus heredes non competunt. Quia verò etiam rei perſecutionem continent præter pœnam aut cum pœna, næ ideo adiici & potuit & debuit plauſibilis illa *clauſula*, vt etiam dari poſſint aduerſus heredes, in quantum ad eos peruenerit, ne ex alieno ſcelere ditentur. Plane vt grauiſſimè labatur vir egregius 76. *dec. err. 6. fer. in fin.* dum exiſtimat, omnes haſce mixtas actiones jure merè pœnalium cenſeri; ita vt in heredem non tranſeant, ne quidem quatenus rei & ſimpli perſecutionem continent, vt conſtet ex actionibus *legis Aquiliæ & vi bonorum raptorum* §. *his autem Inſt. de reg. Aquil.* §. *vi bon. rapt. Inſt. de Act.* Quo quid alienius? Nullæ actiones ex delicto partim pœnales, partim rei perſecutoriæ, quamdiu durant, aduerſus heredem de eo, quod ad eum peruenit, negantur, nedum actio legis Aquiliæ *l. 23. §. 8. Ad l. Aquil.* Excepta eſt ſola *vi bonorum*

rum raptorum actio, quam eatenus prætor non porrexit *l. 2. §. fin. D. vi bon. rap.* Quamuis potuiſſet porrigere propter rei perſecutionem, quæ ei quoque ineſt, ſi condictio furtiua non ei ſuffeciſſet *d. l. 2. in fin.* Hodie actio *vi bonorum Raptorum* dupliciter actio pœnalis eſt *juxt. d. l. 2. in fin.* ibi *pœnalis actio D. vi bon. rapt.* Primùm ea natura, qua ceteræ actiones miſtæ ſunt, & dicuntur actiones pœnales §. 9. *Inſt. Ad l. Aquil. l. 1. §. 23. l. 2. in fin. D. de tut. & ration. diſtrah. l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 1. §. 8. D. ne vis fiat ei l. 23. §. 8. Ad. l. Aquil. l. 38. l. 111. de Reg. iur. l. 5. de Calumn. §. non autem Inſt. de perp. & temp. act.* deinde, quoniam in effectu merè pœnalibus actionibus adæquata eſt in eo, quod aduerſus heredes prorſus non detur, hoc eſt, ne in id quidem, quod ad eos peruenerit *d. l. 2. in fin. D. vi bon. rapt.* Ceterùm hîc me interpellari facilè patior, an non iniuria fiat viro perſpicaci, quaſi ſcripſerit actiones ex delicto merè pœnales aduerſus heredes dari de eo, quod peruenit. Fortean intellexit, inquies, per actiones pœnales haſce mixtas, quas etiam pœnales dici jam confeſſus ſim. Ac quidem non iniuſta obiectio. Cui vt ſatisfaciam video quidem Fabrum non accuratè haſce mixtas à merè pœnalibus diſtinxiſſe, ſed enim ea res fecit, vt tã grauiter hîc lapſus ſit. Nec mirum: vt natura vtrarumque ex principiis agnoſcatur, differentia, quæ inter eas eſt, agnoſcenda

& notanda

&notanda fuerit ſedulò. Quòd autem per actiones pœnales Faber non intellexerit actiones haſce mixtas, ſed merè pœnales, probo ex hiſce eius verbis, quæ extant 4. *coniect.* 1. Cum *& eæ actiones*, inquit, *quæ rei perſecutionem non habent, aduerſus heredes dentur, in quantum ad eos peruenit, ne contra rationem & æquitatem naturalem alieno ſcelere ditentur l.* 17. *§. vlt. l.* 26. *D. de dol. l.* 7. *§.* 1. *D. depoſ. l.* 1. *§. vlt. D. de eo per quem fact. l.* 38. *de Reg. iur. l. vnic. C. ex delict. def.* Fateor, valdè mirus eſt hoc loco Faber. Quid ita? Actiones ex delicto, *quæ rei perſecutionem non habent.* (ſic loquitur) ſunt vtique actiones merè pœnales, cum actiones miſtæ habeant notoriè rei perſecutionem §. 18. *Inſt. de Act.* aut miſtæ non eſſent, neque dici deberent. Et tamen probationem ex hiſce locis ſumere non dubitauit, in quibus agitur de actionibus perſecutionem rei continentibus. Quid enim actio *in factum,* de qua agitur *in d. l.* 17. *§. vlt.* actio de dolo de qua agitur *in d. l.* 26. *d. l.* 7. *§.* 1. Actio *de dolo in factum,* de qua agitur *in d. l.* 1. *§. vlt.* rei perſecutionis expers eſſet? non certe; *vid. §.* 31. *Inſt. de Act. l.* 18. *l.* 11. *l.* 17. *l.* 28. *D. de dol. d. l.* 7. *§.* 1. *D. depoſ.* De actionibus mixtis *d. l.* 38. de actionibus ex delicto, ſiue mixtis ſiue merè rei perſecutoriis *d. l. vlt. C. ex delict. def.* accipi poſſunt & debent propter naturam, ex qua tales cenſentur. Maxime cum talis natura iis in legibus cognoſcatur ex eo,

quod eius, in quantum ad heredes peruenerit, mentionem ingerant. Natura, inquam, quæ actionibus ex delicto merè pœnalibus non item competat. Adeoque de quibus Fabrum ſenſiſſe, ne dubitem etiam Schifordegerus facit, dum actionem furti contra furis heredem admittit de eo, quod ad eum peruenit, *vid. libr.* 2. *q.* 9. Tum hac in opinione confirmor, dum in poſtremis cogitationibus eundem Fabrum video, toties inculcare, ex maleficio pœnales actiones in heredem non dari, ſcilicet in ſolidum, nam quin dari debeant, de eo, quod peruenit ad heredem, eum dubitare nuſpiam, *vid.* 76. *decad. err.* 6. Item, actiones ipſas pœnales, *quas & anno finiri & morte extingui conſtet, non eo minus tamen durare & extendi contra heredem, ſi quid ex delicto defuncti ad eum peruenerit, vt turpe lucrum ei extorqueatur. l.* 5. *de Calumn. l.* 16. *§. vlt. Quod met. cauſ. & aliis ſexcentis. vid.* 78. *decad. err.* Quo teſtimonio nihil clarius. Sed & alio loco, *vera*, inquit, *ratio propter quam heredes tenentur etiam pœnalibus actionibus, in quantum ad eos peruenit non illa eſt, quod in tantum rei perſecutionem contineant, ſed quia turpia lucra heredibus extorquenda ſint l.* 5. *de Calumn. ſufficiatque non in lucro verſari heredem, nec prӕterea eum damnum ſentire ӕquum ſit l.* 3. *in princ. D. vnde vi.* Hæc extant 76. *decad. err.* 7. Contra nos ex ſolidis juris noſtri fundamentis ſuſtinemus, nullas eſſe actiones pœnales,

quæ

quæ contra heredes dentur de eo, quod peruenit, niſi quæ & pœnæ & rei perſequendæ gratia comparatæ *fac.§.18.Inſt. de Act.* Adſpiciatur actio *de Calumniatoribus*, quam Aduerſarius adducit, vt ex ea probet, turpia lucra heredibus eſſe extorquenda. Cur enim hoc ita conſtitutum? an non quia ſimpli perſecutio quadruplo contineatur *l.* 1. *de Calumn. §.* 25. *Inſt. de Act.* Fateor, heredibus turpia lucra, quæ ex delictis defunctorum ad eos peruenerunt, extorquenda eſſe ſed iis actionibus, quarum natura talis eſt, quæ rei perſecutionem non omnino reſpuat *fac. l.* 10. *D. Comm. diuid.* Actiones ex delicto merè pœnales talem naturam non habent: miſtæ habent *l.* 16. §. 2. *D. Quod met. cauſ.* Hæc vera eſt ratio, ob quam per haſce perſequi contra heredem poſſis, quod ex delicto defuncti ad eum peruenit: non item per illas, *d.l.* 16.§.2.*l.*3.§.1.*D. de vi & vi armat.* Neque recuſo periclitari per omnes & ſingulas actionum pœnalium ex delicto proficiſcentium ſpecies. Tantum abeſt, vt Fabro adſentiar exiſtimanti actiones ex delicto pœnales non propterea dari aduerſus heredem de eo, quod peruenit; quòd in tantum rei perſecutionem contineant, ſed quia turpia lucra heredibus extorquenda ſint *d.* 76. *decad. err.* 7. Ecquid hoc eſt, ſi non actionibus merè pœnalibus turpia lucra etiam extorqueri? dico ego turpia iſta lucra

aliis actionibus poſſe extorqueri, naturam actionum merè pœnalium non ferre, vt iis poſſint. Ne alioquin ſi darentur aduerſus heredem de eo, quod peruenit omnes eatenus aut eſſent aut fierent contra naturam ſuam, partim pœnæ partim rei perſecutoriæ; hoc eſt, merè pœnales eſſe deſinerent quæ tales ſunt. Quid? perpetuum eſſe docuit Faber 4. *coniect.* 1. vt heredi lucrum extorqueatur *juxt. l. vnic.* ſiue actio rei perſecutionem contineat ſiue non *l. 35. de obl. & Act.* Actio, quæ rei perſecutionem non continet, & ex delicto eſt, merè pœnalis eſt, adhuc inculcat actionem talem aduerſus heredem dari de eo, quod ad eum peruenit. Quod permittendum non eſt. Poſtea tamen, cum dixiſſet actiones ipſas pœnales, quas & anno finiri & morte extingui conſtet, non eò minus dari contra heredem, ſi quid ex delicto defuncti ad eum peruenerit, vt turpe lucrum ei extorqueatur *l. 5. de Calumn. l. 16. §. vlt. D. Quod met. cauſ. & aliis ſexcentis*, excepit ſolam vi bonorum raptorum actionem *d. 7. decad. err.* Quid ergo? primum de actionibus merè pœnalibus non agi *in d. l. 35. de obl. & Act.* tam apertum eſt, vt nulla egeat demonſtratione. deinde actio de eo, *Quod metus cauſa*, quam propriè & immediatè obligatio ex delicto procreat, (qua in re ſine juſta dubitandi ratione idem auctor hæret 92. *decad. err.* 7.) notoriè miſta

eſt,

eſt, vt non dicam ex *ſexcentis* illis locis, quos in genere ad pompam & oſtentationem allegaſſe non ſatis eſt, non vnum poſſe adduci, qui actiones merè pœnales de eo, quòd ad heredem peruenit, aduerſus eum concedit. Poſtremo vident etiamnum qui de hiſce rebus judicare poſſunt, vir aliàs acutiſſimus quàm ſibi conſtet. Docuerat de eo, quod ad heredem peruenit, actionem *vi bonorum raptorum* aduerſus eum competere 4. *coniect.* 1. Nunc in contrarium docet, actionem *vi bonorum raptorum* ſatenus negari. Ac quidem in melius: laudo. Quamuis dum ſubiicit actiones pœnales de eo, quod ad heredem peruenit aduerſus eum competere, excepta ſola *vi bonorum raptorum* actione, non item bene regulam formet, niſi de actionibus mixtis, quæ quoque pœnales nominantur, iſta intelligat. Atenimuero per actiones pœnales intelligit & eas, quæ pœnæ & rei perſecutionem continent, & eas, quæ rei perſecutionem non habent, *conſ.*4.*coniect.*1.76.*decad.err.* 5. Hæ autem poſtremæ ſunt merè pœnales: has poſtremas vbique inculcat aduerſus heredes dari de eo, quod peruenit, *vid.*4. *coniect.* 1.76.*decad.err.*4.76.*decad. err.*6.78.*decad. err.*1. 80.*decad.err.*5.*err.*8. Primùm exceptâ ſola *vi bonorum raptorum* actione 76.*decad. err.* 7.77. *decad. err.* 2. tandem furti etiam actione 80. *decad.err.*2. Quid dicam? Qui hæc ſeruant ceu

pupillam oculi pro lege, & tanquam Apollinis oracula venerantur, rogo eos vt in poſterum iſta mutent: Non ſolæ *furti*, & *vi bonorum raptorum* actiones, ſed omnes merè pœnales actiones negantur aduerſus heredes de eo, quod ad eos peruenit. Qui contra ſentit, contra principia ſentit.

CAP. XVI.

Pœnalem actionem ex delicto, cum quæritur quatenus aduerſus heredem detur, non ex eo ſolo æſtimandam eſſe, quòd pœnam perſequatur, ſed etiam ex eo, quòd actio ſit ex delicto.

ALia eſt contrahendi cauſa, alia delinquendi *l.1. §. 2. de exerc. Act.* Actiones ex contractu vel quaſi etſi delictum etiam in eis verſetur, in ſolidum aduerſus heredes competunt *l.12.l.49. de obl. & Act.* Quòd ſi autē ex delicto fuerint, inuertenda eſt regula, & dicendum: *actiones ex eo, quæ proficiſcuntur in heredes vltra id, quod peruenit, non tranſire, licet meram rei perſecutionem contineat.* Cuius adeò rei exempla ſumi poſſunt *ex tit. Naut. Caup. Stab.* vbi actio prior, quæ *de recepto* eſt, quoniam ex contractu ſit *l. 3. §. 3. Naut. Caup.* in heredem in ſolidum datur *d. l. 3. §. 4.* altera ex delicto familiæ non item *§. vlt. Inſt. de obl. ex quaſ. del. l. vlt. in fin. d. tit. Naut. Caupon.* Item *ex tit. Si quis omiſſ.*

omiſſ. cauſ. teſt. vbi heres, qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidet heriditatem, in ſolidum legatorum actione tenetur; ceu ex quaſi contractu ſin ob dolum defuncti conueniatur, in eo quod peruenit, conuenitur, ceu ex delicto *l.* 12. §.1. *d. tit.* item *ex tit. ne vis fiat ei*, vbi cum prohibitus quis eſt legatorum vel fideicommiſſorum cauſa poſſeſſionem adipiſci, tunc actio ceu ex quaſi contractu & perpetua eſt & in heredem in ſolidum datur, ſin ex *dolo malo* aut ob vim actio *in factū* inſtituitur, annalis eſt & contra heredem non in plus quam peruenit *l.*1.§.8.*ne vis fiat ei.* Item *ex tit. de Reb. Auth. jud. poſſ.* vbi actiones *in factum* quæ ex quaſi contractuum figuris naſcuntur, contra heredes in ſolidum dantur *l.* 9. §. 7. *d. tit.* aliter, quam cum dolo poſſeſſionis cauſa fuerit facta deterior *d. l.* 9. *in fin.* Nec mirum: Heredi, qui ex contractu defuncti conuenitur, propter ſucceſſionem in omne jus defuncti, quod habuit tempore mortis, ipſo jure contractus obſeruatio tranſcribitur. Heredi autem qui actione ex delicto defuncti merè rei perſecutoria conuenitur, aut delictum eius, cui ſuccedit, ſimiliter imputatur, aut non imputatur. Legiſlator Romanus, quòd ſi delictum defuncti cogitaſſet continuare in perſona heredis, talem tuliſſet legem non tantum, ſed generaliter aliud hac in re fundamentum, quàm poſuit, debuiſſet

ponere, ſi potuiſſet. Non autem potuit, nec voluit aliud fundamentum ponere, quam quod juſtum eſt. Iniuſtum autem eſſet, vt delictum defuncti in actione ex delicto merè rei perſecutoria heredi imputaretur, nedum in perſona eius continuaretur. Aut eadem ratio quæ iſtam ſuceſſionem permitteret, quid ni eandem in actionibus ex maleficio merè pœnalibus & miſtis permitteret. At hoc abſurdum, ergo & illud. Quid ita? legiſlator Romanus noluit, actiones ex delicto merè pœnales aduerſus heredes vllo modo tranſirent. Ex quo tandem fundamento alio; quàm ex delicto quoniam ſint? idque indicarit vtile imprimis juſtumque, vt delictum cum delinquente cenſeatur mortuum, ne malum ab homine malo in hominem bonum migret; ne juſtus ex facto iniuſti detrimentum, iniuriam & pœnam patiatur. Ceteroquin pœnam meram, quæ in iis verſatur, ſi hoc efficere opinamur cum Antonio Fabro 76. *decad. err.* 6. item 78. *decad. err.* 2. ignoramus fundamentum iſtud, iſtaque principia, quibus legiſlator Romanus vſus eſt. Quid enim pœna eam ſi vim haberet ſola, ſiue ex contractu ea deberetur, ſiue ex delicto, ab heredibus nullis deberetur. Atqui ex contractibus actiones, quæ pœnas continent, vi conuentionis ſeu legis, ex qua legis pœnæ adpellantur *l.* 51. §. 1. *de Act. empt.* contra heredes in ſolidum competunt

fac.

fac. §.19. Inſt. de inutil. ſtipul. l. 8. l. vlt. de Naut. fœn. l. 47. de Act. empt. l. 81. l. 77. de v. obl. & paſſim. Non igitur ſola pœna eſt cauſa, ob quam actio aduerſus heredem tranſmittatur vel non tranſmittatur, ſed diſcrimen eſt faciendum inter contrahendi cauſam & delinquendi *fac. l. 23. §. 4. D. de Aedil. Edict.* Nam obligatio ex cõtractu eſt cauſa, propter quam pœna, quam defunctus debuit, non ſoluta, ſoluenda eſt ab herede. Contrà obligatio ex delicto eſt cauſa, propter quam pœna, defunctus in quam inciderit, non juſtum eſt vt ab herede præſtetur. Adeò in neutris pœna eſt ſola cauſa, cur aduerſus heredem actio exerceri ad pœnam vel poſſit vel non poſſit, ſed imprimis obligatio intuenda eſt, vtrum ex contractu ſit placita pœna: an verò ex delicto (ſtatuente lege) debita pœna. Quid ita? cum ex contractu pœna debetur, contractus facit, vt heres ad pœnam pro defuncto præſtandam teneatur. Sin ex delicto pœna nobis debeatur, delictum facit, vt ab herede nequeat exigi. Ratio non eſt obſcura: in delictis pœna eſt delicti vindicta *l. 131. de v. Sign.* vindicta iſta non obligat, ſed delictum *l. 1. de legib. l. 52. de obl. & act.* voluntate legis & boni publici neceſſitate *l. 70. §. 5. de fideiuſſ. l. 7. §. 4. de pact. l. 51. §. 2. ad l. Aquil. l. 14. C. de pœn.* Igitur delicto in heredem non tranſeunte, non tranſit obligatio ex delicto. Obligatione non tranſeunte,

non tranſit pœna & econtra: vbi pœna tranſit, ibi obligatio jam ante tranſitum iſtum operata eſt iſto modo, quo poteſt & ſolet tranſire. Ne longus ſim, delictum omne quoniam ſua dignum eſt pœna, ideo dicitur cauſa pœnalis *l. 58. de Reg. jur.* Actio proinde, quæ ex cauſa pœnali eſt inſpecta origine præſertim à parte Rei quid ni poſſet dici pœnalis? Fateor: hoc dixeram: ſed bene. Nam vtique actio pœnalis ex delicto, cum quæritur, quatenus aduerſus heredem detur non ex eo ſolo æſtimanda eſt, quòd pœnam vel ſolam vel cum re ipſa perſequatur, ſed etiam ex eo, quod actio ſit ex cauſa pœnali *l. 58. de Reg. iur.* id eſt, procreata ex delicto pœna digno. Sententia, quæ abſurda videtur & falſa Ant. Fabro 78. *decad. err.* 1. non miror: abſurdis & falſis vtitur principiis. Certior dux Antonius Goueanus, dum *ad l. Falcid. l. 32.* præit hoc modo. *Eò autem placuit pœnales actiones in heredem non dari quia delictorum non eſt ſucceſſio.* Eadem eſt noſtra ſententia, ecquo colore abſurda? Omnes actiones ex delicto ſunt pœnales: primùm illæ, quæ pœnam perſequuntur *l. 33. de obl. & Act. l. 52. Ad l. Aquil.* deinceps illæ, quæ perſequendæ rei gratia competunt ex delicto, ne delictum, quod quis fecit, ei omninò ſit impunè, *l. 2. D. de priuat. del.* Illæ ex maleficio propriè pœnales ſunt §. 16. & 17. *Inſt. de Act. d. l. 33. de obl. & Act.* §. 1. *Inſt. de perp. &*

temp.

temp. act. l. cxi. §.1. *de Reg. jur. l.1. de priuat. del. l.9. in fin. de Reb. Auth. iud. poſſ.* Hæ ſimpliciter ex delicto pœna digno quoniam dentur, ideo pœnales ſunt inſpecta origine, ex qua ſola tales ſunt *l.* 32. *de pœn. l.* 155. §.2. *l.*38. *l.*130. *de Reg. jur. l.* 60. *l.*32. *de obl. & Act. l. vnic.* C. *Quand. Ciuil. act.* §.1. *Inſt. Si Quadrup. pau. l.* 12. §.1. ibi *non pœnam ſed* D. *Si quis omiſſ. cauſ. teſt. l. vlt.* §.1. D. *Quæ in fraud. cred. l.*7. *de Alien. jud. mut. cauſ.* aliter quàm ſunt reſpectu rei perſecutionis. Illa porro eſt, qua actor extra rem quæ ſibi abeſt, emolumentum aliquod perſequatur, quod voluntate legiſlatoris exercendæ diſciplinæ publica ſit reuera, appelleturque pœna, *fac. l.* 7. *de Seru. export.* veluti quadruplum vel duplum in actione *furti*, triplum in actione *vi bonorum raptorum.* Hæc, quoniam non ex obligatione vi mutui conſenſus licitè placita deſcendat, ſed ex mero delicto *l.* 4. *de obl. & Act.* voluntate legis bonique publici neceſſitate *l.* 70. §. 5. *D. de fideiuſſ.* nullam quidem perſequitur pœnam; quædam tamen & talis eſt ſpecies pœnæ ſeu coërcitionis, vt delinquentes in officio contineantur, *fac. l.* 24. §. 5. *D. Solut. matr.* Mouet Faber 78. *decad. err.* 1. ac ſi malè concepta foret regula (quæ tamen certiſſima ſit §.1. *Inſt. de perp. & temp. act.*) de actionibus ex maleficio pœnalibus, ſi omnes, quæ ex maleficio dantur, ſint pœnales. Quaſi verò actiones ex maleficio pœnales

les non iſthic dicantur eſſe tales reſpectu actionum ex contractu pœnalium, *vid. d. §.* 1. ibi *aliquando ex contractu* ibi *Veſembec.* conf. *l.* 152. §. 2. *& 3. de Reg. jur. l.* 12. § .1. *D. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. l.* 23. § .4. *de Aedil. Ed.* ibi *Gothofr.* deinde actio pœnalis ex maleficio accipienda eſt pro ſubiecta materia, de quânam agi cernatur. Regula iſta concepta eſt de actionibus ex maleficio pœnæ vel meræ vel cum re perſequendæ gratia comparatis, fortean vt oſtenderetur etiam differentia, quæ eſt inter tales actiones propriè pœnales, & actiones ex delicto minùs pœnales, nimirùm merè rei perſequendæ gratia comparatas. Illæ namque quà taliter pœnales ſicuti aduerſus heredem prorſus non dantur, *vid. ſupr. c.* 14. ita quà rei perſecutoriæ durant aduerſus heredem de eo, quod ad eum peruenit. In quo igitur quoniam vtræque tam miſtæ quàm merè rei perſecutoriæ conueniant, relinquitur vtraſque iſto reſpectu adhuc eſſe pœnales, vel quod idem eſt, pœnæ alicuius loco inuentas, quandoquidem naſcantur & competant ex cauſa pœnali *l.* 58. *de Reg. jur.* id eſt ex delicto pœnâ digno. Summatim origine tenus actiones ex delicto omnes ſunt pœnales; quatenus ex delicto pœna digno oriuntur; perſecutione tenus aliæ magis pœnales ſunt propter pœnæ perſecutionem, quam promouent: aliæ non pœnales ſunt, ſed rei perſecutoriæ. Quæ ori-

gine

gine & perſecutione tenus ſunt pœnales, magis ſunt pœnales, quoniam omnino ſunt pœnales. Quæ verò orgine tantùm ſunt pœnales, non item perſecutione tenus, ſunt minùs pœnales, quandoquidem non ſint omnino pœnales. Quid ergo? cum quæritur, vtrum actio ex delicto aduerſus heredẽ competat, aut perſecutio inſpicienda eſt, aut origo. Perſecutio attendi non poteſt, aut omnes actiones pœnæ perſecutoriæ aduerſus heredes prorſus non tranſirent, ſiue ex contractu darentur, ſiue ex delicto. Contra vel rei perſecutoriæ ſiue ex contractu competerent ſiue ex delicto, in ſolidum promiſcuè aduerſus heredes competerent. Tum etiam in *rem* actiones quoniam rei perſecutôriæ ſunt, in ſolidum aduerſus heredem non negarentur, ſi perſecutio rei eſſet illa nota, ex qua dignoſceretur; in ſolidum actionem illam aduerſus heredem dari, in qua rem modò perſequamur vnde nullum ſurgeret diſcrimen. Quod tamen agnoſcendum eſt omnino. Ergo quoties ſcripſere prudentes, actionem aduerſus heredem non tranſire, eoquod pœnalis ſit, veluti, *in l.* 1.§.23. *de tut. & rat. diſtrah. l.*21. *de liberal. cauſ. l.*1.*de priuat. delict. l.*13. *D. de Seru. corrupt. l.*2.§.27. *D. vi bon. rapt. l.*5.§. *vlt. de his qui effud.* intelligere oportet de actione tam origene tenus, quæ pœnalis ſit, quàm perſecutione tenus. Ac quidem magis origine

gine

gine tenus; perſecutio pœnæ abeſſe poteſt, actioque æquè eſſe origine tenus pœnalis delictum, non item abeſſe poteſt: aut actio pœnalis eſſet nullo modo, quæ non ex contractu eſſet, veluti condictio furtiua ſi non ex delicto ſit actio, nec origine tenus nec perſecutione tenus pœnalis erit actio. Sin ex delicto eſt, vtut pœnam nullam perſequatur extra rem, origine tenus pœnalis eſt in eo, quòd ex delicto detur, non quidem pœnæ eius, quæ ad puniendum delictum conſtituta ſit, loco, ſed delicti ratione ad coercendum Reum ne retineat, quod retinere beneficio delicti non debet. Nondum finio, qualis pœnæ ſpecies eſt conueniri actione ex contractu ob non ſeruatam fidem. Talis pœna ſeu coërcitio (non talis qualem vi delicti perſequimur) eſt actione ex delicto conueniri ob commiſſum delictum. Illa pœnæ ſpecies non impedit, quo minùs heres actione ex contractu in ſolidum teneatur; ecqua ratione an non quoniam actio ſit ex contractu? Huiuſcemodi autem pœnæ ſpecies ne quidem permitteret heredem actione ex delicto conueniri de eo, quod ad eum peruenit, niſi æquitas opitularetur. Ecqua iterum ratione niſi vt diſcrimen obſeruemus, quod eſt inter actionem ex contractu & actionem ex delicto. Contractus à defuncto initi obſeruatio non minus in herede neceſſaria eſt, quàm in defuncto.

functo. Delicti à defuncto commiſſi conditio, nulla juſtitia eſſet, nedum vtilitas aliqua, vt in herede eius continuaretur. Mori & minui præſtat delicta: contractus obſeruari, ampliari. Scilicet adhuc volent, cum quæritur, an actio ex maleficio aduerſus heredes in ſolidum tranſeat, *illud vnum inſpici debere, an ſit pœnalis, an rei perſecutoria, vt hoc poſteriore caſu non minus tranſeat, licèt ex delicto naſcatur, quam ſi ex contractu naſceretur juxt. 76. decad. err. 6.* Falluntur grauiter: pœna non attenditur ſola, quo minus ad heredem tranſeat, ſed præcipuè delictum, vtpote propter quod pœna exigatur vel rei perſecutio inſtituatur. Radicem tolle, arbor corruet. Tolle delictum, non erit actio pœnalis ex delicto. Quæ proinde cauſa eſt, cur actiones pœnales, quæ ex delicto ſunt tales, ex delicto pœnales adpellentur *in §. 1. Inſt. de perp. & temp. act. l. 157. in fin. de Reg. jur.* Aut cui bono tales ex maleficio eſſe dicerentur, ſi ſola pœna faceret eas pœnales, non vnà ipſum maleficium, ex quo ſunt tales. Tantum abeſt, quaſi de actionibus ex maleficio pœnalibus regulam conceperit Imperator eas in heredem non tranſire *in §. 1. Inſt. de per & temp. act.* quaſi doceret ceteras ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum competere. Non eſt ita: ex maleficio pœnales opponuntur ex contractu pœnalibus *in d. §. 1. vid. c. prox.* Ac quidem vt

mirer,

mirer, quærere auſum virum Ampliſſimum *76. decad. err. 6.* in quo poſſit conſtitui differentia inter actiones ex maleficio pœnales,& actiones ex maleficio merè rei perſecutorias, niſi in eo,vt illæ,quæ pœnales ſunt,non dentur,niſi in id,quod ad heredem peruenit; hæ verò dentur in ſolidum. Miſeret me: aut cur non liceret quærere pari ſiue ſcientia ſiue inſcientia, in quo poſſit conſtitui differentia inter actiones ex delicto merè pœnales & miſtas, niſi in eo vt illæ, quæ merè pœnales ſunt,non dentur niſi in id, quod ad heredem peruenit,hæ verò dentur in ſolidum. Quis me ferret,ſi ita loquerer? In origine conſentiunt merè pœnales & miſtæ,quandoquidem vtraque ſint ex delicto.In perſecutione differunt. Primum merè pœnales meram perſequuntur pœnam:miſtæ partim pœnam partim rem §.18. *Inſt. de Act.* deinde illæ in heredem prorſus non dantur *vid. ſupr. c.* 14. hæ dantur de eo, quod peruenit *vid. ſupr. c. prox.* Differentiæ quid ni iuſtæ. Quantò adhuc iuſtior erit differentia, ſi dicamus actiones ex delicto pœnales aut meram pœnam aut pœnam cum re perſequi:ceteras verò actiones ex delicto merè rei perſecutorias nullam pœnam ſed meram rem perſequi. Atenimuerò pœnam perſequi, & rem quæ abeſt perſequi, an non differant? Actiones ex delicto pœnales ſiue merè pœnales,ſiue miſtæ iſto nomine

veniant,

veniant, quà pœnales ſunt aduerſus heredem competunt nunquam. Miſtæ verò quà rei perſecutoriæ ſunt, in eo conueniunt cum merè rei perſecutoriis, vt aduerſus heredes dentur de eo, quod ad eos peruenit. Quid periculi? in origine conueniunt, in perſecutione eatenus non differunt, ergo & in tranſitu aduerſus heredes quid ni coniungerentur eatenus. Sufficit rei perſecutorias differre à pœnalibus & econtra. Actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ aduerſus heredes in ſolidum non dantur *vid. ſupr.* I. Quòd ſi autem non differrent propterea ab actionibus ex delicto pœnalibus, efficeretur, vt actio ex delicto pœnalis & actio ex delicto merè rei perſecutoria vnum idemque perſequerentur. Quo quid alienius? Actiones ex delicto pœnales pœnam perſequuntur: actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ meram rem. Pœna & mera res quæ ex patrimonio nobis abeſt; res ſunt diuerſæ *l.7.D.de ſeru.export.* Differunt igitur in perſecutione actiones pœnales ab actionibus merè rei perſecutoriis, non in origine. Originem delicti abolent; contractus ortum ſubſtituunt, qui actiones merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum tribuunt. In ſumma tollunt fundamenta, qui delictum hac in re non ſeparant à contractu. *vid. ſupr. c.* XI. Error, quem quoties nō ferimus, ne vlteriores radices agat. toties detegimus.

Cap. XVII.

Actiones ex delicto atque Edicto pœnæ nomine conceptas differre ab actionibus merè pœnalibus, tum etiam ab iis, quæ partim pœnæ, partim rei perſequendæ gratia comparatæ: non tamen, intra quod tempus competunt, aduerſus heredes dari vltra, quàm peruenit.

Actiones merè & verè pœnales Ant. Faber 4. *Conject.* 19. definit eſſe eas, quæ non ad id, quod Actoris reuera intereſt, competunt, ſed ad rei, de quá controuertitur, æſtimationem, licet actor calumniator ſit, nihilque eius interſit, *l.* 1. §. *vlt. D. Si quis juſdic. non obt. l.* 5. §. 1. *D. Ne quis eum, cum ſimilib.* Idemque ſentire videtur Petr. Friderus *in Comm. de interdict. c.* 10. *num.* 7. Quaſi verò calumniatorum, & eorum, quorum nihil interſit, fauore actiones vſpiam vllæ, nedum merè & verè pœnales introductæ. Non oportet jus Ciuile calumniari, neque verba captari, ſed qua mente quid dicatur, animaduertere conuenit, *l.* 19. *D. Ad Exhib.* Is, cuius non intereſt, non admittitur ad agendum *l.* 1. *C. Sine cenſ. vel reliq.* Vaſq. 2. *illuſtr. q.* 85. *num.* 1. Pœna quidem, de qua agitur *in l. vlt. Si quis juſd. non obt.* non ratione eius, quod agentis intereſt, ſcilicet ex lucro eius, qui non obtemperauit, vel ex damno, quod contigit *fac. l.* 3. §. 8. *de ſep. viol.*

ſed

ſed ſecundum jus poteſtatis à magiſtratu, *quanti ea res* id eſt, contumacia ſiue temeritas non obtemperantis ſit, æſtimatur *l. vlt. d. tit.* habita ratione litis, cuius damno non obtemperans coërcetur *l. 53. de Re jud.* Actio tamen, de qua agitur *in d. tit.* abſit, vt propterea ei detur, cuius nihil intereſt. Immo intereſt eius, ſecundum quem judicatum eſt, vt juſdicenti obtemperetur. Sed & intereſt juſdicentis, vt juriſdictio ſua defendatur *fac. tot. tit. Si quis juſdic. non obtemp.* Similiter actio *ex Edicto juxt. tit. Ne quis eum* ei datur, cuius intereſt, eum, quem in jus vocauit, vi non exemptum eſſe *l. 5. §. 4. D. tit. Ne quis eum l. 2. in fin. Si quis in jus voc.* Sin calumniator exiſtat, qui vocauit, veluti, ſi perſona in jus vocari non potuit, quæ exempta eſt, aut ſi aliò „ quàm quò debuerat, in jus vocatur *l. 1. in fin. l. 2. ne quis eum.* non deliquit, qui *vi* exemit, & per conſequens ceſſabit *Edictum l. 1. in fin. d. tit.* Intereſt actoris ſcire & experiri, vtrum ſibi aliquid debeatur, *fac. l. 1. de in jus voc.* Intereſt publicè, vt ex quacunque cauſa, ſiue juſta ſiue iniuſta, ad prætorem vel alios, qui juriſdictioni præſunt, in jus aliquis vocetur, eò veniat, vt hoc ipſum ſciatur, an vocetur juſtè *l. 2. D. Si quis in jus vocat.* non in veſtibulo judicii tam an debeat. Eaque cauſa eſt, vt qui legitimè vocatum vi eximit, in *Edictum* incidat, licet in cauſâ principali actor ceu calumniator contra

 exemptum

exemptum poſtea ſuccubuerit *l.* 4. §. 1. *l.* 5. §. 1. *Ne quis eum.* Quis culpet? violenta exemtio per ſe delictum eſt, nec aliquid commune habet cum cauſa principali, quæ inter actorem & exemptum vertatur. Etenim ſi quas putamus nos habere actiones, intereſt noſtra vt eas proponamus, etſi non ſemper vincamus. *fac. l.* 13. *Quod met. cauſ.* Litis euentus eſt dubius. Quid ergo? non eſt verum, actiones merè & verè pœnales actori cōpetere, cuius nihil intereſt, quiue ſit calumniator. Actiones verè & merè pœnales ex maleficio ſunt eæ, quibus ſolam pœnam perſequimur ſine re, vel vera eius æſtimatione, quæ propter delictum à Reo commiſſum nobis abeſt §. 18. *Inſt. de Act.* veluti actio *furti, iniuriarum*, Actio, *Si quis juſdicenti non obtemperauerit*, actio *de in jus vocando aduerſus libertum, qui patronum ſine venia in jus vocauerit.* Actio *de Albo corrupto.* omneſque actiones populares ſunt actiones merè & verè pœnales, vtpote quibus meram perſequamur pœnam, nullam rem, quæue quàue nobis abſit. Quòd ſi Fabrum ſequamur, huiuſcemodi actiones quoniam merè & verè pœnales ſint, competent calumniatori, & ei, cuius nihil intereſt. Quò quid alienius? actiones furti & iniuriarum dantur eis, quorum intereſt. *l.* 10. *l.* 11. *l.* 14. §. *præterea D. de furt.* Actiones populares, qui ex populo exercet, eius intereſt eas exercere, quoniam populi

puli & ſic publicè interſit *fac. l. 44. de vſurp.* aut ſi citra id, quod intereſt, dantur, cur is, cuius priuatim intereſt, in iis præfertur *l. 3, de pop. Act?* Adhuc feremus iſta? Quinimo nec vera æſtimatio eſt nota, ex qua dignoſcatur, quæ ſit actio merè & verè pœnalis. Vna & ſola nota eſt, ſi meram pœnam iis perſequamur, nihil de re, quæ abeſt. Aeſtimatio quidem, quæ mera pœna eſt, merè pœnalis actionis nota eſt, non econtra æſtimatione verâ rei, de qua controuertitur, poſitâ, ponitur pœna. Aut quoties rei peremptæ vera peteretur æſtimatio, ea actio foret merè pœnalis. Non eſt ita. Vera rei, quæ non extat æſtimatio, ſuccedit in locum rei non extantis. Plane vt non magis ſit pœna, quàm res ipſa, quæ danda fuiſſet, ſi in rebus humanis eſſe non deſiiſſet *fac. l. 8. D. de Cond. furt.* Actiones ex delicto aut ſunt pœnales, aut ſunt rei perſecutoriæ. Pœnales iterum aut ſunt meræ pœnæ perſecutoriæ, aut partim pœnæ partim rei perſecutoriæ §. 17. *Inſt. de Act.* Rei perſecutoriæ aut ſunt merè rei perſecutotiæ, aut pœnæ nomine conceptæ. Inter merè pœnales & mixtas duplex eſt differētia. Prima, quoniam per iſtas meram pœnam perſequimur, per haſce partim pœnam partim rē. Altera, quoniam illæ aduerſus heredes prorſus non dentur, hæ non dentur, niſi quatenus ad eos peruenit *vid. ſupr. c. 14. & 15.* Meræ rei perſecu-

toriæ ſunt eæ, quibus meram rem, quæ ex patrimonio nobis ob delictum Rei abeſt, vel veram nudamque æſtimationem, ſi res præſtari non poſſit, perſequimur, citra vllam pœnæ figuram nedum mixturam. Pœnæ nomine conceptæ ſunt eæ, quibus meram rem, quæ abeſt, vel veram eius æſtimationem prò actionis inſtitutæ conſtitutione perſequimur ſub pœnæ alicuius figura ſine mixtura *l.* 7. §. 2. *Quod falſ. tut.* Cuiuſcemodi actiones ſolæ ſunt, quæ in *dolum* conceptæ & ad factum puniendum comparatæ ſunt *l.* 9. §. 1. *Quod falſ. tut. l.* 9. *in fin. de Reb. auth. jud. poſſ. l.* 1. §. 8. *D. Ne vis fiat l.* 1. §. 1. *&* 4. *D. de dol. mal.* Ratio rationis eſt, quòd hæ ex dolo actiones ſint ſubſidiariæ, proinde ita demum dentur, ſi deficiant alia omnia remedia *d. l.* 1. §. 1. *&*. §. 4. *D. de dol. l.* 2. *C. eod.* Quale in ſubſidium actionem *de dolo* concedere Prudentibus eſt pænæ loco Reum, ne elabatur, adhuc vltimo iſto remedio adſtringere. Quāuis inter actiones merè rei perſecutorias & haſce pœnæ nomine conceptas nihil intereſſe videatur, quoad actionem aduerſus heredem tranſmittendam. Quandoquidem vtraque ſicuti rei perſecutionem continet, ita detur contra eum de eo, quod ad eum peruenit; tamen eſt ea inter eas differentia non tantum, quæ jam ex deſcriptione ſingularum cognoſci potuit, ſed & illa, quod actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ,

cutoriæ, vtut ſint prætoriæ, ſint perpetuæ *l.* *35. de obl. & Act.* nec vltra, quàm ad rem, quæ abeſt, recuperandam, ſi extat, dentur nec vltra veram rei æſtimationem, ſi res extare deſierit. Actiones verò pœnæ nomine conceptæ vtut intrinſecus rei perſecutoriæ, quandoquidem prætoriæ ſint, & pœnales extrinſecus, non ſunt perpetuæ, *l. 9. §. 1. D. Quod falſ. tut. l. 35. de obl. & Act. l. 9. in fin. de Reb. Auth. jud. poſſ. l. 1. §. 8. D. Ne vis fiat.* Tum etiam pro natura actionum, quibus agatur, vel quod in veritate tantùm abeſt, perſequimur *l. 7. §. 2. D. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. Auth. jud. poſſ.* vel id, quod intereſt, *l. 1. §. 8. D. Ne vis fiat ei.* Id, quod omnino coniungendum eſt: vt appareat, ſiue nihil plus, quàm quod reuera abeſt, ſiue plus, velut id vnà quod intereſt iis perſequamur, ſiue id quod intereſt ſolum propterea vltra annum eas viuere non magis nec minus, *l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 10. in princ. & §. 18. D. Quæ in fraud. cred. l. 9. in fin. de Reb. auth. jud. poſſ. d. l. 1. §. 8. Ne vis fiat.* ſed intra annum contra Reum in ſolidum: contra eius heredem de eo, quod peruenit. Poſt annum autem ſi quæ competant, in factum actiones ſunt, quæ annuis actionibus mortuis ſurrogantur, & tam aduerſus Reum, quàm Rei heredes de eo, quod peruenit, dantur *l. 1. in princ. l. 3. §. 1. de vi & vi arm. l. 1. in fin. D. de Calumn. l. 28. in fin. D. de dol. l. 10. §. 24. D. Quæ*

in fraud.cred.l. 4. *de Interdict.* Nec mirum: ſunt merè rei perſecutoriæ, perpetuæ, non pœnæ nomine conceptæ *l.* 35. *de obl. & Act. l.* 11. *de Reb. Auth. jud. poſſ.* Doctrina, quæ vel ideo neceſſaria: ne actiones ex delicto partim pœnæ, partim rei perſecutorias cum Ant. Fabro 76. *decad. err.* 7. confundamus cum actionibus iis, quæ pœnæ nomine conceptæ. Quid ita? Actionem *in factum Quod falſo Tutore geſtum:* Actionem, *contra falſum menſorem,* Actionem *judicio ſiſti,* Actionem *Tributoriam*; Actionem *vnde vi* & ceteras omnes, quæ neque ſunt de merè perſecutoriis, neque de arbitrariis, docet miſtas eſſe, nimirum à parte Actoris rei perſecutorias, à parte Rei pœnales. Non eſt ita. Quadruplum in actione *vi bonorum raptorum*, in actione *Quod metus cauſa* in actione *de Calumniatoribus*, in lege Aquilia *duplum* conſtat ex pœna primariò, re ſecundariò. Vnde tam pœnam quam rem iis actor perſequitur. Vnde tam pœnam quoque, quàm rem Reus in iis ſoluit §. 18. *Inſt. de Act.* Neque id obſcuro jure. Tam pœna quàm res in obligatione eſt. Longe aliud quam eſt in actionibus pœnæ nomine conceptis. In actione *Quod falſ. tut. l.* 7. §. 2. *Quod falſ. tut.* in actione, *ſi menſor falſum modum dixerit l.* 1. §. *D. Si menſ. falſ. mod. dix.* in actione Tributoria *l.* 8. *de Tribut. Act.* in Actione *in factum de vi & vi armat. l.* 3. *in princ. & §.* 1. *de vi & vi arm.* in actione

actione *judicio ſiſti l.3. de eo perquem fact. er.* nihil à parte Actoris petitur; nedum percipitur quod mixtum ex pœna & re,ſicuti in actionibus mixtis. Deinde nihil debetur,aut ſoluitur à Reo,quod taliter ſit mixtum,ſicuti in actionibus mixtis. Vt non dicam à Fabro tales miſtas actiones ex delicto præſupponi, quæ ex re conſtent primariò, ex pœna ſecundariò. Quales in libris Prudentum quæſieris faciliùs,quàm inueneris. Contra quippe in mixtis principe loco pœna verſatur, nunquam res. Aut malè pœnales etiam dicerentur. Nam ex maleficio videmus, quòd in fauorem actoris oriatur actio, *in princ. Inſt. de obl. ex del.* Alciat. *in l. vnic. D. Si quis juſdic. non obt. num.* 11. Quocirca actiones, maximè ex delicto vtrum ſint pœnales, vtrum mixtæ, vtrum merè rei perſecutoriæ, ex parte Actoris potiſſimum conſiderandum eſt. §.16.§.17. §.18. §.31. *in fin.* ibi quemadmodum Actori *Inſt. de Act.* Siquidem actor vel rem, vel pœnam perſequatur, vel vtramque. Reus verò, qui deliquit, non perſequatur, ſed fugiat ad hæc omnia. Quod ſi autem actiones ex delicto rei perſecutoriæ non ad id comparatæ tam eſſent, vt actori proſpiciatur, quàm vt delictum Rei puniatur, prout vult vir Clariſſimus 76.*decad.err.*7. *in fin.* quid ni à parte potior facta denominatione dici deberent rei refugitoriæ, non perſecutoriæ? Scio, rem

opponi pœnæ, actionem rei perſecutoriam opponi pœnæ perſecutoriæ actioni. Ignoro, cum rem actor, vtut ex delicto perſequitur, pœnam eo ipſo pati Reum, & econtra, cum actor pœnam perſequitur, Reum pati rei perſecutionem. Quemadmodum obligatio quæuis etſi ex delicto oriatur, non efficit, vt id, quod vi delicti actori Reus debet, actori ſit pœna: ita quod ſoluit Reus, talem obligationem tollit, qualis intercesſerit: merè pœnalem, ſi talis interceſſerit: mixtam, ſi talis interceſſerit; merè rei perſecutoriam, ſi talis interceſſerit. Econtra vbi pœna actori debetur, pœnam ſoluit Reus; vbi res actori debetur, res ſoluitur, nunquam pœna à parte Rei. Ceterùm, inquies, actor aliquando actione ex delicto perſequitur, quod reuera eius intereſt, idque dum ſoluit Reus, præſertim eo caſu quo nihil ex delicto ſuo ad ſeſe peruenerit, pœnam à parte ſua videri eum ſoluere. Fateor in ea eſſe ſententia Zaſium *ad l.* 4. §. 7. *D. de damn. in fect.* Oldendorpium 2. *claſ. act.* 5. Duarenum *in comm. ad tit. Ne quis eum.* Ant. Fabrum 4. *coniect.* 19. Petr. Friderum Midan. *in comm. de interdict. c.* 10. *num.* 11. Quæ & olim nobis placuit, hodie non item. Quid ita? perueniſſe ad Reum cenſetur res, quæ dolo Rei actori abeſſe cœperit. *l.* 2. *D. de vi & vi armat. l.* 131. *l.* 150. *de Reg. jur. l.* 13. §. 2. & 14. *l.* 25. §. 8. & 9. *de hered. petit. l.* 22. *l.* 25. *l.* 27. §. 3. *de Rei vind. l.* 4.

Rer.

Rer. Amot. l.2. §.42. Ne quid in loc. publ. l.15. §. 10. Quod vi aut clam l.1. de priuat. del. l.9. in princ. & §.2. D. Ad exhib. Ergo euidens eſt, in actionibus ex delicto pœnæ nomine conceptis rem, quæ petitur, præſtari, non pœnam pro re petita: aut actiones in rem, in quibus dolus pro poſſeſſione eſt *juxt. l. 131. de Reg jur.* aliæque actiones quàm ex delicto, in quibus itidem idem operatur, à parte Rei pœnales forent. Quod admittendum non eſt *conf. d.l.22. l.27. §.3. de Rei vind. l.12. de noxal. act. l.12. l.49. de obl. & Act. l.51. de Re judic.* Datio actionum iſtarum conferenda eſt cum earum paſſione: rei deinceps perſecutio cum rei ex delicto debitæ ſolutione. Datio harum actionum non intrat, nedum mutat earum ſubſtantiam, ita nec earum paſſio à parte Rei. Datio eſt pœnæ nomine, ita & paſſio, veluti actio *in factum*, de qua agitur *in l.8. §.2. Quod falſ. tut.* datur pœnæ nomine actori, & ſuffertur pœnæ nomine à Reo *l.7. §.1. tit.* Actio verò ipſa conſideratur in ſua natura, quam ab obligatione habet, non à cõceſſione actionis. Obligatio autem, qua Reus obligatus eſt, ſi ad pœnam vel merè vel mixtim perſequẽdam pertineat, neceſſe eſt, vt & talis ſit actio inde deſcendens. Idemque dicemus rectè de paſſione actionis reſpectu Rei. Ius actoris non poteſt immutari ex ſolutione Rei, Guid. Pap. *quæſt. 639. num. 5.* Immutaretur, ſi dum actione

pœnæ

pœnæ nomine concepta id, quod ſibi abeſt, actor perſecutus eſt, à Reo pœna ſolueretur. Concludo; actio pœnalis ex delicto qualiter pœnalis ſit, pro ſubiecta materià intelligi debere, nimirum de meræ pœnæ perſecutoria, cum de taliter pœnali agitur, de partim pœnæ partim rei perſecutoria, cum de taliter pœnali agitur, de pœnæ denique nomine concepta, ſi de taliter pœnali agatur. Id quod ex natura vniuſcuiuſq; actionis facilè cognoſci poteſt, vberiùſque in explicatione aliquot talium actionum oſtendetur *infr. libr.* 2, licentiâ non abſimili, quàm qua obligationes ex quaſi contractu, venire dicuntur etiam ex contractu *l.* 49. *de obl. & Act. l.* 12. *ibid. l.* 1. *§.* 6. *de Conſt. pecun. l.* 3. *§.* 1. *§.* 2. *§.* 3. *l.* 4. *Quib. ex cauſ. in poſſ.*

CAP. XVIII.

In actionibus ex delicto, quæ in dolum ſeu pœnæ nomine conceptæ ſiue. Quanti ea res ſit, *verſetur, ſiue*, id quod intereſt, *neutrum eſſe pœnam vel pœnæ loco.*

ID quod intereſt, eſt quantitas, *l.* 2. *in fin. Qui ſatiſd. cog. l.* 4. *§.* 7. *de damn. inf. l.* 13. ibi *quantum D. Rat. rem. hab.* ex re, quæ Actori abeſt, & vtilitate, quam lucrari potuit, æſtimabilis *d. l.* 13. *l.* 23. *Ad l. Aquil. l.* 2. *§. vlt. de eo quod cert. loc. l.* 1. *§.* 41. *l.* 6. *de vi & vi arm. l.* 21. *§.* 3. *de Act. empt. l. pen.*

pen. Si quis caut. l. 1. §. 5. *D. ne vis fiat ei.* Ex re, quæ abeſt, damnum, quod actor in re corporali paſſus *l.* 11. *Ad SC. Treb.* ex non percepta vtilitate, lucri prærepti vel erepti defectus circa rem cognoſcitur *l.* 193. *de v. Sign. l.* 21. §. 3. *de Act. empt. l.* 8. *de Euict.* Sed igitur, quatenus cuiuſque interſit, in facto non in jure conſiſtit *l.* 24. *de Reg. jur.* nulla vt eius, quod incertum eſt, certa alia præſcribi poſſit æſtimatio, quàm quæ à judice definienda, *fac. l.* 32. *de vſur.* Vnde fit, vt modò tanti, quanti res eſt, quæ actori abeſt, æſtimetur, modò pluris, modò minoris §. 3. *Inſt. de empt. vend. l.* 67. §. 2. *de furt. l.* 23. *de Act. empt.* ſecundum quod Actoris interſit plus vel minus, *l.* 6. *de vi & vi arm.* deinde generaliter, vel ſpecialiter. Generaliter vt comprehendat pretium rei, quæ actori abeſt, & omnē, quam lucrari potuit, factoque Rei impeditus eſt, quò minus lucraretur, vtilitatem, quæ circa rem conſiſtit *juxt. l.* 21. §. 3. *de Act. empt. d. l.* 1. §. 41. *de vi & vi arm.* veluti in actione *Quod metus cauſa* id quod intereſt quadruplatur ſolùm, id eſt, prætium rei, quæ per vim abeſt *l.* 14. §. 14. *Quod met. cauſ.* quanti ea eſt cum fructibus & omni cauſa, quadruplatur, *d. l.* 14. §. 7. In ſumma id, quod intereſt ſuccedit in locum rei vniuerſæ, quæ abeſt, & corporaliter præſtari non poteſt vniuerſa *l.* 1. *de Act. empt.* eodem modo, quo æſtimatio ſuccedit in locum rei perditæ *l.* 8. *de Cond. furt. l.* 72.

de v. obl. Quamuis aliud hæc aliàs, aliud ſit illud quod intereſt. Neque obſcurâ ſane differentiâ. Aliud namque eſt id, quod intereſt; aliud quantitas eius, quod intereſt, æſtimata. Id quod intereſt eſt quantitas æſtimabilis. Quantitas æſtimata eſt æſtimatio ipſa, quæ jam facta eſt & præſcripta. Quomodo aliud eſt vtilitas, quam percipere potui *juxt. l.* 13. *D. Rat. rem. hab.* aliud vtilitatis iſtius æſtimata quantitas. Vtilitas iſta eſt æſtimabilis. Quantitas æſtimata eſt ipſa æſtimatio & taxatio, quæ jam facta. In ſpecie autem cum loquimur de eo, quod intereſt, damnum circa rem, quod abeſt, cum vtilitate, quantam inde percipere potuimus, intelligimus *juxt. l.* 13. *D. Rat. rem hab.* excluſo rei pretio. Quale quod intereſt plerumque rei æſtimationi opponitur *l.* 139. *de v. Sign. l. vlt. D. Si quis juſd. non obt. l.* 1. *§.* 20. *D. de Tut. & rat. diſtr. l.* 4. *§.* 7. *de damn. infect. l.* 21. *§.* 2. *Ad l. Aquil. l.* 51. *de furt. l.* 2. *Qui ſatiſd. cog.* re ſumpta pro ipſo corpore *d. l.* 21. *§.* 2, *l.* 9. *§. vlt. D. Ad exhib.* eo, quod intereſt, ſumpto pro jure actionis vel litis vel vniuerſi alicuius circa rem *l.* 21. *§.* 3. *de Act. empt. d. l.* 9. *§. vlt.* vel ſuam vel ſibi obligatam, æſtimatione ſua comitante ſubiectum ſuum. *l.* 95. *§.* 9. *D. de Solut. l.* 2. *Quib. mod. pign. d. l.* 9. *§. vlt. D. Ad exhib.* Etenim res ipſa, quæ corporaliter abeſt, ſicuti æſtimari ſolet; ita id quod intereſt huiuſcemodi, omne eſt æſtimabile. Quò & pertinet illa

æſtimatio-

æſtimationis clauſula, quà *Quanti ea res eſt*, de qua agitur, æſtimare quippiam judex jubetur. Siquidem id quod intereſt generaliter ſumptum cum æſtimatur, vi quoque iſtius clauſulæ *Quanti ea res* ſeu, quod idem, id quod taliter intereſt ſit, æſtimatur *l. 22. §. 1. D. Ad l. Aquil.* ſicuti ſpecialiter ſumpta res excluſo eo, quod intereſt, æſtimatur *l. 193. de v. Sign. l. vlt. Si quis iuſd. non obt. l. 1. §. 20. de Tut. & rat. diſtrah.* ita & id quod intereſt ſpecialiter ſumptum excluſo rei pretio æſtimatur *l. 3. §. vlt. D. vti poſſ. l. 6. D. de vi & vi arm.* Vtrique autem ſubiecto inſeruit clauſula *Quanti ea res eſt*, pro ſubiecta materia, nimirum vt ſi de pretio rei taxando agatur, quanti ea res, id eſt, pretium rei, quæ abeſt, æſtimari debeat, attendatur. Sin de eo, quod intereſt ſpecialiter taxando quæratur, vt quanti ea res, id eſt, illud quod incorporaliter intereſt, æſtimari conueniat, definiatur *fac. l. 9. §. 2. & 3. D. de ſeru. corr.* Tantum abeſt, vt clauſula *Quanti ea res eſt*, confundatur cum eo quod intereſt *in l. 18. §. 4. D. de dol. mal.* Quanquam id exiſtimet Godæus *ad l. 179. de v. Sign.* Immo quæ & quanta differentia eſt inter id, quod intereſt æſtimabile, & jam æſtimatum, ea tantaque etiam eſt inter id quod intereſt adhuc æſtimandum, & clauſulam, *Quanti ea res eſt*, modum æſtimationi præſcribentem, veluti lis temporibus legitimis tranſactis dolo Rei perdita tale eſt intereſt, *in d. l.*

18. §. 4.

18.§.4.quod æſtimari poteſt. Quia verò quatenus cuiuſque interſit, in facto non in jure conſiſtat *l. 24. de Reg. iur.* ideo jubetur judex tale intereſt, quāti reuera ſit æſtimare vi clauſulæ *Quanti ea res* ſit *iuxt. d. l. 18. in princ.* vt intelligamus non minùs aut magis verè æſtimari debere illud quod intereſt, quam corpus ipſum, quod abeſt juxta veritatem æſtimari debere paſſim præcipitur. Pretia rerum non ex adfectu aut vtilitate ſingulorum, ſed ſecundum rei veritatem æſtimanda ſunt *l. 62. §. 1. l. 63. Ad l. falcid.* rei veritas illa vulgò eſſe ſtatuitur, quæ communiter vera eſſe æſtimatio judicatur *d. l. 63. l. 7. § .2. Quod falſ. tut. l. 2. in fin. D. Si quis Caut. l. 33. Ad l. Aquil.* Communiter, inquam, id eſt ex communi adfectu & communi vtilitate *d. l. 33.* Ita etiam id quod intereſt ſecundum rei veritatem, quanti omnibus ſeu communiter ſolet valere, æſtimandum eſt *iuxt. d. l. 33. d. l. 63. l. 21. in fin. l. 22. §. 1. Ad l. Aquil.* communiter, id eſt, ex communi adfectione & vtilitate *l. 35. de minor. l. 36. de bon. libert. l. 54. D. mandat. l. 7. de Seru. export.* non ex adfectione nec ex vtilitate ſingulorum *d. l. 33. d. l. 63. Ad l. falc.* Quod ipſum adeo ſi attendimus, ſecurè quid ni repudiemus conciliationem Donelli *in tractat. de eo quod Inter.* cuius ſumma eſt : *adfectionem* non conſiderari in *æſtimatione*, ſed in *actione*, hoc eſt, vt quis agere poſſit *vid.* Gothofr. *ad d. l. 33. ad l. Aquil* quaſi

verò

verò is, cui agere propter adfectionem concedatur, non eo ipſo ex adfectione æſtimationem conſequendi jus tribuatur. Quid enim, adfectio tam communis quàm vtilitas communis in facienda rerum & eius, quod intereſt, æſtimatione conſiderabilis eſt. Aliud quidem eſt æſtimatio eius, quod intereſt, aliud verò eſt id, quod intereſt, quod æſtimatur. Interim illa ſicuti debet communiter fungi, ita hoc etiam communiter conſiderari, nimirum, prout agentis intereſt, & deinceps prout aliorum intereſſet, quorum eodem modo intereſſet, veluti poſſeſſionis retentio cum illud intereſt ſit, de cuius æſtimatione facienda agatur *in l. 3. §. vlt. D. vti poſſid.* ex communi vtilitate prætium poſſeſſionis definiri debere intelligitur *d. l. 3. §. vlt.* cum qua deinceps, quatenus noſtra priuatim interſit poſſeſſionem eam, de qua quæritur, retinere, conferatur, non vt quod commune eſt, petatur, nedum accipiatur. Neque id juſtè in dubium quis vocauerit, niſi ex eo poſſeſſionis pretio à parte Rei actionem fieri cenſerique pœnalem contenderent Ant. Faber 4. *coniect.* 19. & Petr. Friderus *in Comment. de interdict. c.* 10. *num.* 10. prorſus malè *vid. ſupr. c. prox.* Quid? actio ex delicto eſt rei perſecutoria, ſi ad rei peremtæ ſolam æſtimationem adipiſcendam agamus, non vltra. Neque id negari poteſt. Rei autem appellatio generalis

eſt, & includit id, quod intereſt. Igitur & actio, quæ quatenus interſit, datur, eſt rei perſecutoria. Quippe actio qua rem perſequimur, quæ nobis abeſt ex patrimonio noſtro, eſt merè rei perſecutoria *l.35.de obl.& Act.* Actio, qua ad conſequendum id, quod noſtra intereſt vtimur, eſt talis *l.13.D.Rat.rem. hab.* aliter quàm, actio ex delicto ad pœnam perſequendam comparata. Pœna non item nobis abeſt ex patrimonio. Quòd ſi autem ex eo, quod intereſt, actio efficeretur pœnalis, quæ non ex contractu, quæ non in rem actiones, quibus eius quod intereſt nomine agatur, pœnales forent? aut vnde aliquod intereſt pœnale, aliquod rei perſecutorium comminiſcuntur? Res immo, quæ id quod intereſt recipiunt, non æſtimationem admittunt vltra veritatem, prout peſſimè præſupponunt, qui pœnam in eo quod intereſt tam temere ponunt. Pœna vltra veritatem penditur *l.7.§.2.D. Quod falſ.tut.l.2. Qui ſatiſd.cog. l.4.§.7.de damn.inf ect.* Aeſtimatio autem eius, quod intereſt, ſecundum veritatem facienda eſt non minus, quum rei cuiuſlibet corporalis, quæ abeſt. Id quod intereſt, vtilitas eſt, quæ mihi facto Rei abeſt, quamque lucrari potui *l.13.Rem.rat.habi.* Qui ex vtilitate hac pœnam faciunt, non aduertunt fieri non poſſe, vt vtilitas exiſtat ea pœna, quam lucrari potui. Quicquid rem & illud, quod intereſt

excedit,

excedit, id demum eſt pœna *l. 7. de ſeru. export. l. 1. D. de inlit. iur.* propter pœnam, quam ex delicto lucrari non potui, non competit actio eatenus. Actio quidem eſſet pœnalis, ſi lex vel judex in vindictam delicti actori pœnam adiudicaret. At dum actori id, quod eius intereſt, adiudicat, non pro delicto, ſed pro eo, quod ei abeſt, merè & verè adiudicat, non vltra. Quid multis? verum eſt ſignum, ſi eo, quod intereſt ſoluto, debitor omnino liberetur, eam actionem vtut ex delicto, non eſſe pœnæ perſequendæ cauſa comparatam *l. 1. §. 43. D. de depoſ.* Contrà ſi non liberetur debitor; quatenus non liberetur, aut anguſtiorem actionis naturam in cauſa eſſe, aut eatenus eſſe actionem eam ſi non pœnæ perſequendæ cauſa, ſaltem pœnæ nomine comparatam; in ſumma quatenus liberetur, eatenus eſſe eam rei perſecutoriam. Exempli gratia. Actio ex Edicto *Ne vis fiat*, interdictum de *tabulis exhibendis* non competunt, ſi litis æſtimationem actori præſtiterit Reus, aut pro eo alius *fac. princ. Inſt. Quib. mod. toll. obl.* Ratio juris eſt, eo quòd hoc caſu petitoris nihil amplius interſit *l. 95. §. 9. D. de ſolut.* Quid ergo? res planiſſima eſt, præſtatione *eius, quod intereſt*, omnem pœnæ nomine conceptæ actionis cauſam ipſo jure tolli, modò creditor omne, quod ſibi cum rei, tum *eius, quod intereſt* nomine debebatur, à debitore ſuo vel

alio pro eo prout debebatur, ita fuerit conſecutus *l.51.§.1.D.de Re. iudic.§.1.Inſt. Quib. mod. toll. obl. l. 95. §. 9.D.de ſolut.* ipſo inquam jure, non vt ope exceptionis ex dolo creditorem, ſi bis idem exigere præſumpſerit, repelli neceſſe ſit *fac.l.21.D. de compenſ.* Qua in re Ant. Faber 4. *coniect.*19. & Petr. Friderus Mindanus *in comment.de interdict.c.*10. *num.*15. hallucinantur. Tollitur ipſo jure omnis obligatio ſolutione eius, quod debetur *in princ. Inſt. Quib. mod. toll. obl.* obligatio autem, quæ ope exceptionis ex dolo tollitur, ipſo jure conſiſtit. veluti, ſi cum corpus aliquod creditori deberetur cum ſua cauſa & fructibus, non ſolum vtilitas circa corpus, quæ conſiſteret, ſoluta ei fuerit, ſed & reſtitutum ipſum corpus, næ iſto caſu tollitur omnis iſta obligatio, quæ eſt, ipſo jure. Quandoquidem in qua forma debitum debebatur, in eâdem vi factæ ſolutionis fuerit ſublatum. Atenim ſi cum corpus (veluti tabularum alicuius teſtamenti) exhiberi petitur, æſtimatio eius, quod vi tabularum iſtarum actor conſequi poſſet, fuerit ſoluta, non ipſo jure tollitur corporis exhibendi neceſſitas, ſed ope exceptionis ex dolo. Idque propter ſolutam litis æſtimationem, quæ interceſſit, atque eadem cum corpore non ſit, quia tamen in locum corporis ſucceſſerit, omniſque eius vtilitatis, quæ circa eam conſiſteret, ideo per exceptionem idem

operetur, quod ſtricto jure propter corporis & æſtimationis diuerſitatem operari non poſſet. Huc pertinet aut ſaltem ita intelligo illud pauli *in l.34.§.1.de obl.& act.* dum ait, *ſi is, cui rem commodauero, eam ſurripuerit eum teneri quidem & commodati actione, & condictione* ſed *alteram actionem alteram* peremiſſe, *aut ipſo jure* (ſi in eadem forma, quâ res debebatur, eadem fuerit ſoluta) *aut per exceptionem* eius, quod eſt *totius*, veluti ſi pro corpore præſtitum ſit id, quod intereſt, ſeu, quod idem eſt, totius litis æſtimatio *fac.l.2.D.Quib.mod.pign.* Quippe qualis ſolutio eſt totius, ſeu vniuerſæ litis ſolutio. Certè non foret tutius ceteroquin per exceptionẽ eſſe peremptam actionem, quàm ſi foret perempta ipſo jure *juxt.d. l.*34.§.1. Quid enim, obligatio, quæ per exceptionem eliditur, per circuitum tollitur, & ſic operoſiùs. Quæ verò perimitur ipſo jure, præſentiùs extinguitur, vtpote nulla indigens exceptione, cuius vi demum repellatur, niſi tutiùs eſſe dicamus, vt actio per actionem tollatur tutiùs per exceptionem, quam ipſo jure. Quod magis eſt.*d.l.*34.§.1. Aliàs qui æſtimationem debet & meram æſtimationem ſoluit, eum ipſo jure liberari. Qui verò, cum corpus deberetur, æſtimatione pro corpore maluerit defungi, eamque creditori plenè ſoluerit, ſi redierit poſtea creditor ad petitionem corporis, quaſi nondum ſoluti,

eum per exceptionem repelli. *juxt.l.3.§.15. de Tab.exhibend.* Quicquid ſit non idem eſt, ſi *intereſſe* aliquod particulare fuerit præſtitum, quod omnem tam rei debitæ, quàm eius quod interſit, cauſam non abſumpſerit, veluti pretium poſſeſſionis, de quo agitur *in l.* 1.§.5. *D. Ne vis fiat,* tametſi ſolutum fuerit, in corpus ipſum, quod abeſt, aut pretium rei non propterea actio, quæ competit, extinguetur, *l.28.de Act.empt.l.95.§.9.* ibi *ceterùm D. de ſolat.l.34.D.de obl.& Act.l.3.in fin. D.vti poßid.* Ergo quatenus tales actiones ex delicto liberant debitorem, rei ſunt perſecutoriæ. Liberant autem, quatenus eius, quod intereſt, facta ſolutio, non vltra. Quòd verò non vltra liberent, efficit natura actionis anguſtior, quàm vt poſſint citra ſolutionem tollere, quod nulla ſolutio ſuſtulit. Deinde dolus, cuius tantum puniendi nomine introductæ ſint primitus, non rei, quæ debetur, exigendæ. Exempli gratia is, qui prohibuit quem venire in poſſeſſionem, tenetur actione ex Edicto *Ne vis fiat ei.* Hæc actio magis pœnalis eſſet, ſi veritas eius, quod interſit, in ea non attenderetur, *l.5.§.1.D. Ne quis eum* Atqui ſi quis ob falſum creditum vel falſam petitionem miſſus eſt in poſſeſſionem, vel ſi exceptione ſubmoueri potuit, nihil ei proderit hoc edictum, quia propter nullam cauſam in poſſeſſionem miſſus eſt. *l. 1. §. 5. D. Ne vis fiat ei.*

Ergo

Ergo dum dicitur hæc actio eſſe pœnalis, non ratione alicuius pœnæ, quam perſequatur, talis cenſetur, ſed pœnæ nomine quoniam in dolum concepta ſit tantùm *l.* 1. *in princ.d.tit* ideo pœnalis dicitur, quæ in veritate ſit rei perſecutoria. Idemque per ſingulas pœnæ nomine conceptas actiones hoc loco exequeremur, niſi in ſingularum explicatione lucidiùs id explicare propoſitum eſſet ſequenti, ad quem tranſimus.

Finis Libri Primi.

BENEDICTORVM LIBER SECVNDVS.

Capvt. I.

Actiones pœnales ex contractu aduerſus heredem aliquando non dari, ſi nihil ex dolo defuncti ad eum peruenerit.

PLurimum intereſt; vtrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor ſit *§.2.in fin. Inſt. de pœn. tem. lit.* Actiones, quæ ex contractu naſcuntur, rei perſequendæ cauſa comparatæ ferè videntur §.16. *Inſt. de Act.* ideoque contra heredem tranſeunt, etſi nihil peruenerit, etſi dolus interuenerit. *l.12. l.49. de obl. & Act.* Actiones verò, quæ ex delicto naſcuntur, ſi merè pœnales ſunt, nunquam contra heredem dantur. Sin partim pœnæ, partim rei perſequendæ comparatæ ſunt, non competunt aduerſus heredem, ſi nihil ex delicto defuncti ad eum peruenerit: aliàs ex æquitate, in quantum peruenerit. *vid. ſupr. lib.*1. Diſtinctio, quæ minùs obſeruata, cauſata eſt, vt crediderint hactenus non pauci, actiones ex delicto pœnales promiſcuè in heredes competere, in quantum ad eos peruenerit, nimirum eodem er-

rore, quo Aduerſarius noſter actionum merè pœnalium, & mixtarum naturam, quæ ſeparata eſt, non ſeparauit, ſed confudit paſſim. Sedenim iſtis & aliis feliciter *libro priore* profligatis, jam porro ſciendum ex cōtractu dari actiones merè pœnales citra conuerſionem non magis poſſe, quàm efficere ſi labores, vt contractus ſit delictum & econtra: eſſe tamen actionem vnam aut alteram, quæ ex rei & pœnæ perſecutione miſtam habere cauſam videatur, ideoque cum actionibus ex delicto, quæ partim pœnæ, partim rei perſecutoriæ, hac in parte comparari poſſint, ſed comparari. Diſcrimen euidens quis non agnoſceret? Primùm actiones ex delicto miſtæ principaliter pœnæ perſecutionem curant, cui admixta ſit res. Actiones iſtæ ex contractu promouent loco principe rem; deinde pœnam. Vnde & altera illa differentia dependet, quòd actiones ex delicto, quæ mixtæ appellantur, ex ſolo delicto oriantur & competant, dicanturque etiam pœnales à pœna, quæ in eis præëat. Iſtæ verò tam reſpectu rei, quàm reſpectu pœnæ vtut dolo interueniente dentur non aliunde, quàm ex contractu *l. 152. in fin. D. de Reg. ju. l. 23. §. 4. de Aed. edict. l. 12. l. 49. de obl. & Act.* ideoque pœnales non item vocentur. Quandoquidem primariò non ſint tales, ſed modo quodam in parte poſteriori *fac. l. 23. §. 4. D. de Aedil. Edict.*

Edict. Vt non dicam: certiſſimam illam regulam, quæ eſt, *ex maleficiis actiones pœnales in heredem Rei non competere veluti furti vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriæ in* §. 1. *Inſt. de perpet. & temp. act.* tam de miſtis, quàm merè pœnalibus conceptam eſſe, dicique quo ad vtrumque genus *in* §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* certiſſimam, ſi nihil ad heredem peruenerit *conf. l.* cxi. §. *fin. D. de Reg. jur.* tum etiam reſpectu delicti, quod mortuo delinquente ceu mortuum in conceptione regulæ prudentes eo ipſo amarint intueri magis, quàm quod accidere poſſit, vt aliquid ad heredem perueniat. Maximè cum tale lucrum heredi non per iſtam regulam extorqueatur, ſed ex æquitate contra regulam. Enimuero ſi etſi ſciamus, cum aliquid ad heredem peruenerit, actionem damni iniuriæ aduerſus heredem eatenus non negari *l.* 23. §. 8. *Ad. l. Aquil.* abſit, vt propterea deſtrueretur certiſſima illa regula. Quid? omnes actiones miſtæ, quamuis ſecundum primariam ſuam naturam, quam ex delicto habent, prorſus non competant aduerſus heredem, tamen propter rei perſecutionem, qua non deſtituuntur, eâdem regulâ quoad tranſmiſſionem de eo, quod ad heredem peruenit, reguntur, quâ merè rei perſecutoriæ. *l.* 16. *in fin. Quod met. cauſ. l.* 5. *de Calumn. l.* 3. §. 1. *D. de vi & vi arm.* Atque hoc poſito fundamento, ſi placet, progre-

progrediamur *ad* §.1. *Inſt.de perpet. & temp. Act.* vbi primum iſta regula: *Ex maleficiis pœnales actiones in heredem Rei non competere.* Quæ regula amplietur *aliquando* etiam *in actione* pœnali *ex contractu, veluti cum teſtator doloſe verſatus eſt & ad heredem nihil ex eo dolo peruenit d.§.1.* Explicatio, qua nulla clarior. In actionibus ex contractu pœnalibus regula vt ſit, *eas aduerſus heredem in ſolidum competere* vi conuentionis, quâ pœna placita §.19. *Inſt.de inut. ſtip. l.vlt.de naut.fœn.l.51.§.1.l.28.l.47. de Act. empt.* à qua regula *aliquando* vna atque altera talis actio excipiatur, cum defunctus doloſè verſatus eſt, & nihil ad eum ex eo dolo peruenit *d.§.1.* Sed hæc exceptio, quatenus eſt exceptio ab iſta regula, qua dicimus, *actiones ex contractu pœnales aduerſus heredes dari in ſolidum* vi conuentionis, qua pœna placita, non poſita eſt *in d.* §.1. Quandoquidem nec regula iſta, à qua exceptio eſſet, extet eo loco. Quid tum? poſita erat regula: *ex maleficiis pœnales actiones aduerſus heredes non tranſire,* cui rectè ſubiecta iſtius regulæ ampliatio: *aliquando in actione pœnali ex contractu* idem procedere *juxt. d.* §.1. Hæc nulla cum vllius iniuria firmaueram 1. *Membran.*19. ac ſi læſus eſſet, contra inſurgit Aduerſarius 76. *decad. err.* 4. ac primum vix eſſe ait, vt actiones ex contractu aliquæ ſint pœnales. *d. err.* 4. contra quam eodem loco non diffitetur actionem illam depoſiti, de

qua

qua agitur *in l.* 1. §. 1. *D. depoſ.* ad ſimplum vſque rei perſecutionem continere, ſupra ſimplum verò pœnalem eſſe. Contraquam etiam 80. *decad. err.* 3. docet actiones ex contractu, quantumuis eſſent pœnales, dari tamen in ſolidum contra heredem *l.* 7. §. 1. *D. depoſ.* in ſumma confundit actionem pœnalem ex contractu, quatenus vi conuentionis aliqua pæna ei inſerta; cum actione ex contractu, quæ pro parte ſit pœnalis ex dolo §. 17. *Inſt. de Act.* vix eſſe ait, vt actiones ex contractu aliquæ ſint pœnales. Quaſi verò non paſſim tractetur de actionibus ex contractu vi conuentionis pœnam habentibus *conſ. tit. de his quæ pœn. nom l. magnã C. de Contrah. ſtip.* Fateor actionem depoſiti in heredem ex dolo defuncti in ſolidum dari *l.* 12. *D. de obl. & Act.* ſed iſte dolus ex contractu reique perſecutione deſcendit *d. l.* 7. §. 1. *D. depoſ.* multò minus vt actio depoſiti propter eum efficiatur pœnalis. Alia ratio eſt in eo, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa depoſitum. Quid ita? cum quis fidem elegit, nec depoſitum redditur, contentus eſſe debet ſimplo. cum verò extante neceſſitate deponat ob imminens ex cauſis ſupraſcriptis periculum, creſcit perfidia, ſeu doli crimen *l.* 1. §. 4. *D. depoſ.* Ex quo proinde dolo, quæ actio depoſiti proficiſcitur, ex contractu reiq; & pœnæ perſecutione deſcendit. plane vt mirum non

ſit,

ſit, vbi doloſè defunctus hoc in depoſito reddendo verſatus fuerit, ob iſtum defuncti dolum clementiùs cum herede eius agi, quàm cum defuncto ageretur, ſi inter homines adhuc verſaretur. Quid audio? vult Faber *d.76.decad.err.5.*antitheſin illam de actione ex contractu, quæ aliquando aduerſus heredem non detur, ſi nihil ad eum peruenerit *juxt.D.§.1. Inſt.de perp. & temp. act.* intelligi de iis potius actionibus, quæ neque ex maleficio naſcantur, ſed ex contractu, neque pœnales ſint, ſed rei perſecutoriæ non recte. priuatis debentur pœnæ priuatæ *l.131.in fin. de v. Sign.* pœnæ ſunt priuatæ, quas ex maleficio perſequimur, veluti actione furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriæ. Similes pœnæ ſunt, quas permiſſu legum *aliquando* etiam vi aliquorum contractuum exigimus. Ex maleficio quædam actiones ſunt pœnales *l.* cxi. *in fin.D.de Reg. jur.D.§.1. Inſt. de perp. & temp.* an non ad differentiam, ſi quæ ſunt ex contractu ſimiliter pœnales? Actiones ex contractu omnes ferè ſunt rei perſecutoriæ *§.17. Inſt. de Act.* cur ferè? ferè, ſeu quod idem eſt, plerumque & vulgò rem perſequuntur: *aliquando* & ſi rariùs ex dolo aliquam quoque pœnam vltra rem, veluti duplum, cum quis doloſè verſatus eſt in retinendo depoſito cauſa tumultus, incendii, ruinæ *l.1.§.1.l.18.D.depoſ.§.17. verſic. planè Inſt.*

de Act. aut eo negando *§. ſed furti Inſt. de Act.* veluti duplum, cum quis doloſè verſatus eſt in differenda legatorum vel fideicomiſſorum, quæ Sacroſanctis Eccleſiis aliiſque venerabilibus locis relicta ſunt, ſolutione, vſque dum ea ex cauſa in judicium vocatus eſt §. 19. *Inſt. de Act.* veluti duplum, cum quis doloſè verſatus eſt in retinendo pretio, quod reſtituere teneretur ei, qui morboſum mancipium ſibi redhibuit *juxt. l.* 45. *de Aedil. Act.* veluti triplum, cum quis obtentu contractus doloſè maiorem vera æſtimatione quantitatem libello inſeruit, vt executores litium ampliorem ſummam ſportularum nomine exigerent §. 24. *Inſt. de Act.* veluti pœnam irriti contractus, cum teſtatoris dolus cauſam dedit contractui *l.* 7. *D. de dol.* quandoquidem de dolo actio aduerſus heredem eius, qui dolum admiſit, eo caſu non detur, ſi nihil ad eum peruenerit *juxt. D. §. aliquando Inſt. de perp. & temp.* Fr. Caldas *ad l. vnic. C. ex del. def. 4. part. relect. num.* 50. Quid multis? vbicumque propter dolum defuncti principaliter ex contractu vel quaſi heres conuenitur iſta ex contractu de dolo actio referri non prohibetur *ad D. §. aliquando* aut ſaltem iſta opinio ferri poteſt, *conf. l.* 12. *§.* 1. *D. Si quis omiſs. cauſ. teſt. l.* 21. *§.* 2. *D. de pecul.* modò feras actionem ex contractu propter dolum principaliter inſtitutam eatenus pœnalem cenſeri, eoquod

pœnæ

pœnæ nomine in dolum concepta ſit, etſi pœnam aliàs nullam perſequatur *conſ. c. pen. ſupr. libr.* 1. Adeò generalis eſt hæc ſententia: *nunquam actionem ex contractu vi interuenientis doli pœnalem dari contra heredem, quoties teſtator doloſè verſatus eſt, & nihil ad heredem ex eo dolo peruenit.* Quid enim heres defuncti vtut obligati ex contractu depoſiti in exemplo primo *d. l.* 1. §. 1. *l.* 18. *D. depoſ.* ex quaſi contractu in exemplo ſecundo *l.* 5. §. 2. *de obl. & Act.* §. 5. *Inſt. de obl. ex quaſ. contr.* ex contractu venditionis in tertio exemplo *l.* 23. §. 4. *de Aedil. Act.* item ex contractu vel quaſi, prout in libello fuerit expreſſus aut potius vi litis conteſtatæ, ceu ex quaſi cōtractu *arg. l.* 3. §. 11. *D. de pecul.* in quarto exemplo. Denique heres defuncti vtut obligati ex contractu in quinto exemplo, non tamen ſoluere cogitur aliquid ex iſto dolo, ſi nihil ad eum peruenerit *iuxt.* §. *aliquando Inſt. de perp. & temp. act.* Quid clarius? exempla ad manum ſunt. Adhuc volunt *d.* 76. *decad. err.* 4. de actione ex contractu agi *in d. verſic. aliquando*, quæ ſit rei perſecutoria, non pœnalis. Quod ipſum admittendum non eſt. Actio rei perſecutoria, & non pœnalis, eſt actio merè rei perſecutoria. Huiuſcemodi autem actionem etiam, quæ ex delicto ſit, in ſolidum aduerſus heredem dari Aduerſarius vbique clamitat. Nunc verò vt nos reprehendat, actiones aliquas ex contractu merè rei perſe-

perſecutorias ſibi imaginatur, quæ non in ſolidum aduerſus heredem competant. Quaſi verò actiones ex contractu, eæque merè rei perſecutoriæ non ex natura ſua neceſſariò ſemperque in ſolidum competant? Ita eſt. pronuntiamus tales merè rei perſecutorias actiones ex contractu, quæ aduerſus heredem negentur, ſi nihil ad eum peruenerit, in nullo legum noſtrarum antro vel angulo deliteſcere. Quid ergo? de actionibus ex maleficio pœnalibus præmiſſa erat regula *in d.* §. 1. *Inſt. de perp. & temp.* ideo ſubiungere voluit Imperator *aliquando* idem fieri in pœnali actione ex contractu *iuxt. d.* §. 1. ibi *Veſembec.* Huiuſcemodi autem actio cenſetur ex contractu à principe ſui parte, quæ in contractu occupatur. Cenſeri quoque poſſe videtur ex delicto *l.* 9. *D. depoſ.* maximè quatenus de eo, quod tumultus, ruinæ, naufragii cauſa depoſitum eſt, reddendo laboratur. Non eſt ita, ex re naſcitur obligatio omnis in depoſito, nulla ex delicto. Depoſitum, extra illas cauſas, cùm non redditur, dolus interuenit, & tamen abſit, vt propterea ex delicto actio depoſiti deducatur. Neque alia cauſa eſt, cur in ſupra allatis exemplis ex contractu magis pœnales eſſe iſtas actiones, quàm ex delicto exiſtimauerim. Enimuerò quòd ſi actio hæc ex contractu, de qua agitur *in d. verſic. aliquando* non eſſet ſimul pœnalis, delictum doli

incidens naturam contractus non immutaret ſed in ſolidum actionem æquè dari efficeret *l.12.l.49.de obl.& Act.* Quid ita? cum dolus ex contractu reique perſecutione deſcendit, in ſolidum vnus heres tenetur: plures verò pro ea parte, qua quiſque heres eſt *l. 7. §. 1. D. depoſ. l.* CIX. *§. fin. D. de Reg. jur.* Econtra cum dolus ex contractu pœnæque perſecutione deſcendit, contractus natura in ſimplum conſeruatur *l.1.§.1.l.18.depoſ.* ceſſante perſecutione pœnæ aduerſus heredem, ſi nihil ad eum ex dolo defuncti peruenerit *juxt. D. verſic. aliquando*, ſin aliquid peruenerit, vi contractus, cui dolus ineſt, næ illud æquum eſt, vt extorqueatur *l. 152. in fin. D. de Reg. jur. l.12. l.49. de obl.& Act.* neque alia propemodum ex re propoſitionis huius vtilitas euidentiùs apparet. Actio ex delicto, quæ eſt mixta ex pœna & re, citra conſiderationem rei negatur aduerſus heredem quoad pœnam, ſi nihil ad eum peruenerit; quoniam ex delicto ſit *l. 16. in fin. D. Quod met. cauſ. l. 5. D. de Calumn.* Sin aliquid peruenerit, datur in quantum peruenerit quoniam rei perſecutione non omnino careat *d.l.16.d.*l.5. Similiter actio ex contractu, quæ mixta eſt ex re & pœna, citra conſiderationem rei negatur aduerſus heredem de pœna, ſi nihil ex dolo defuncti ad eum peruenerit. Sin aliter, in quantum peruenerit *juxt. D. verſic. aliquando Inſt. de perp. & temp. act.*

vi contractus, cui dolus ineſt, conueniendus eſt *l.* 7. §.1. *D. depoſ.* in ſtatu ſuo regulari ad reſtitutionem ſimpli perſeuerante actione principali *l.* 18. *l.* 1. §. 1. *D.depoſ.* Doctrinâ, quâ obſeruatâ omnis abit ſcrupulus, qui Fabro vnicè moleſtus, dum putat *D.* 76. *decad. err.* 4. in caſibus depoſiti ex cauſa tumultus, incendii, ruinæ, naufragii falſum eſſe, quòd heres non in ſolidum teneatur, ſed in id tantùm, quod peruenit; iterum male. Nam primum confundit ſimplum damni doloſè dati cum ſimplo depoſito, deinde cum altero ſimplo, quod pœna eſt pro dolo in cauſis tumultus, incendii, ruinæ, naufragii. Res autem & pœna, ex quibus iſta actio mixta eſt §.17. *Inſt. de Act.* ſeparari debent. Actio ex contractu depoſiti, quæ datur ad rei depoſitæ conſequendam reſtitutionem, non negatur aduerſus heredem, ſi nihil ad eum peruenerit, *in D. verſic. aliquando* ſed illa ex contractu depoſiti actio, quæ pœnalis eſt veluti in cauſis tumultus, incendii, ruinæ & naufragii *l.* 1. §. 1. *D. depoſ.* quaque tunc agitur, cum doloſè defunctus verſatus eſt, & nihil ad heredem ex eo dolo peruenerit. *juxt. D. verſic. aliquando.* Hac depoſiti actione prorſus non tenetur heres ſi nihil ad eum ex defuncti iſto dolo peruenerit *juxt. D. verſic. aliquando.* Quid ita? Actio depoſiti ex cauſis tumultus, incendii, ruinæ & naufragii conſideranda eſt, quà ſim-

plex actio depoſiti eſt, deinde quatenus pœnalis eſt. Simplex actio iſta depoſiti ad ſimpli, id eſt, ſimplicem integræ rei depoſitæ reſtitutionem competit etiam dolo interueniente *l. 22. D. depoſ.* de hac non agitur in *d.l. verſic. aliquando* de actione *depoſiti* quà pœnali agitur, aut ſaltem exemplum iſtud eò trahi poſſe probabile fuerit.

CAP. II.

De Actione pœnali ex cauſa depoſiti neceſſaria; ex qua natura aduerſus heredem non competat ſi nihil ad eum peruenerit.

Pœna, quæ delictum defuncti comitatur, heredem in id ſaltem, quod ad eum peruenit, obligat. Quæ verò ex contractu debetur, heredem in ſolidum obligat *l. vlt. de Naut. fœn. l. 49. de obl. & Act.* cuius differentiæ ſola illa eſt ratio, quod delicta ſuos teneant autores *l. 20. D. de pœn.* in contractibus heres eiuſdem juris eſſe cenſeatur, cuius fuit defunctus *l. 59. d. de Reg. jur.* Quid ergo? Aliquãdo pœna ex contractu non in ſolidum obligat heredem, ſed & ne obligat quidem veluti cum defunctus doloſè in contractu obſeruando verſatus eſt, & nihil ad heredem ex eò dolo peruenit; planè eodem modo, quo cum

actionibus

actionibus ex maleficio pœnalibus comparatum *verſic. aliquando Inſt. de perp. & temp. act.* Rectior profectò pleniorque hæc antitheſis eſt, minùs recta eſt illa, quam aduerſarius ponit *76. decad. err.* 4. Regula inquit, quæ præcedit, diſertè concepta eſt de actionibus pœnalibus, quæ ex maleficio naſcuntur: antitheſis de Actionibus ex contractu rei perſecutoriis, non pœnalibus. Sic omittit in antitheſi, quod poſitum agnoſcit in regula. Ecquæ comparatio inter tam diuerſa? vtique illæ nunquam competunt aduerſus heredem, ſi nihil peruenerit: hæ ſemper competunt, vtut nihil peruenerit. Quod eſt contra *D. verſic. aliquando* vt non dicam conſtitui ab eo antitheſin, cuius quoniam nullum inuenire vſpiam, nedum dare potuerit exemplum, ideo antitheſin illam Triboniano adſcribat. Macte. Si non eſt fundata, ad quid eam Triboniano affingit, quam vtique nulla neceſſitas cogat, vt ei cogamur affingere. Quid? actiones ex delicto pœnales aduerſus heredem non dantur, ſi nihil ad eum ex delicto peruenerit. Actiones etiam ex contractu pœnales *aliquando* aduerſus heredem non dantur, ſi nihil ad eum peruenerit, *juxt. D. verſic. aliquando*. Sane hæc comparatio perfectior eſt, actio namque ex delicto comparatur cum actione ex contractu, item actio ex delicto pœnalis cum actione ex contractu, quæ

pœnalis præterea vt actio ex delicto pœnalis aduerſus heredem non datur, ſi nihil ad eum peruenerit, ita & actio ex contractu pœnalis *aliquando* aduerſus heredem non datur, ſi nihil ad eum peruenerit. vin plura? Legiſlator Romanus fecit pleraſque ex delicto actiones pœnales, paucas merè rei perſecutorias. In contrarium ex contractu pleraſque fecit merè rei perſecutorias, paucas pœnales. Item in actionibus ex delicto pœnalibus ratione eius, quod excedit rem, conſideratur pœna. Ita etiam in actione ex contractu, quæ pœnalis eſt, ratione eius, quod ſimplum damnum excedit, eſt pœna. Quid audio? aduerſarius noſter opinatur *76. decad err. 4.* in actione depoſiti pœnali ratione eius, quod excedit ſimplum, nec de ſolido, nec de eo, quod peruenit, tractari poſſe, cùm totum illud pœna ſit, nec tam ex contractu, quam ex maleficio & edicto prætoris proficiſcatur, maxime quandoquidem actio ex contractu depoſiti quæ ciuilis eſt, non vltra porrigi vnquam poſſit, quàm reuera depoſitum ſit, ſiue voluntariam, ſiue neceſſariam cauſam depoſiti contractus habuiſſe probetur *arg. l. 9. C. de non num. pec. l. 11. §. ſi tibi D. de pact.* Multa hîc peccantur. prætor ait. *Quod neque tumultus, neque incendij, neque ruinæ, neque naufragii cauſa depoſitum ſit, in ſimplum: ex earum autem rerum, quæ tumultus, incẽdij, ruinæ, naufragij cauſa de*

de depoſitæ ſunt, in ipſum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius, qui mortuus, factum eſſe dicetur, in ſimplum: quod ipſius heredis dolo factum eſſe dicetur, in duplum judicium ſe daturum. prudentes judicant has cauſas à prætore fuiſſe prudenter ſeparatas *l. 1. §. 1. 2. 3. & 4. D. depoſ.* Contra Aduerſarius ſuſtinet non debuiſſe ſeparari, quaſi actio ex contractu depoſiti, quæ ciuilis eſt, non vltra porrigi vnquam poſſit, quam reuera depoſitum: ſiue voluntariam, ſiue neceſſariam depoſiti cauſam intueamur. Pape, ipſo prætore Romano quod neſcieram, prudentior eſt. Tum etiam quis iſte, qui ipſis juris noſtri conditoribus auſit contradicere, vtpote qui cauſam depoſitionis ex neceſſitate deſcendentem, ſi doloſè depoſitarius in ea fuerit verſatus, ratione eius, quod excedit ſimplum, dignam judicarint, quæ vltra quàm reuera depoſitum, porrigeretur, hoc eſt pœnalis ſimpli coerceretur *d. l. 1. §. 1. §. 2. §. 3. §. 4. l. 18. D. depoſ. §. 17. Inſt. de Act.* Accedit, quod idem noſter aduerſarius actionem depoſiti ciuilem eſſe ſuſtineat, ſiue voluntariam, ſiue neceſſariam cauſam contractus depoſiti habuerit. Quod ſi autem ita eſt. adeſdum Faber, & dicamus actionem depoſiti etiam eo caſu, quo ob imminens ex cauſis tumultus, incendii, ruinæ, naufragii periculum quis depoſuerit, perpetuam eſſe more actionum ciuilium: non eſſe annuam

more actionum prætoriarum. Atqui eo caſu *l. 18. D. depoſ.* Igitur eſt prætoria, quatenus eſt pœnalis, eſt cauſa neceſſitatis *l. 35. de obl. & Act.* Neque, quod miror, aduerſarius id ignoraſſe videtur, dum eodem hoc loco ex delicto & Edicto prætoris pœnam, quæ eſt in actione depoſiti, manaſſe contendit. Quid enim ſi eſt ex Edicto prætoris, non eſt actio ciuilis. Quatenus Ciuiles & prætoriæ actiones inuicem opponuntur. Qua igitur ingenii inconſtantia mox actio depoſiti ex vtraque cauſa tam voluntaria quam neceſſaria eſſe ciuilis præſupponitur? Eiuſdem acuminis eſt, depoſitum, quod re contrahitur, non ad plus obligare depoſitarium poſſe, quám reuera depoſitum ſit *l. 9. C. de non num. per. l. 1. §. 16. quoque de obl. & Act.* Quis negat? actio depoſiti in cauſis tumultus, incendii, ruinæ, naufragii ne quidem in plus obligat, niſi doloſe depoſitarius in iis fuerit verſatus. ceteroquin ex dolo in iſtis cauſis etiam vltra rem depoſitam introducta eſt obligatio ad pœnam. Ac quidem ex Edicto prætoris, in cuius maieſtatem iniurii ſunt, qui actionem depoſiti, ſiue ex neceſſaria, ſiue ex voluntaria cauſa proficiſcatur, ad pœnam, ſeu quod idem eſt, vltra porrigi non poſſe arbitrantur; quàm reuera depoſitũ. Prætoris officium fuit adiuuare, ſupplere & corrigere jus Ciuile *l. 7. de inſt. & jur.* actionem depoſiti ex cauſa neceſſitatis intra

annum

annum pœnalem facere non potuiſſet? eadem ſcientiæ imbecillitate docent pœnam in actione iſta depoſiti ex delicto compotere, non ex contractu depoſiti. Quaſi verò actio vſpiam vlla ſit taliter miſta, vt partim ſit ex contractu, partim ex delicto. Duplum petitur ex contractu depoſiti *l. 1. §. 1. l. 18. D. depoſ.* ergo tam pœna ex eo debetur, quàm res depoſita. Maximè cum tam res quàm pœna, niſi dolo rei depoſitæ reſtitutio negaretur, aut differretur, nunquam ex contractu depoſiti peteretur. Vnde ex dolo defuncti aduerſus heredes actio depoſiti in ſimplum datur pro hęreditaria portione *l. 1. §. 1. l. 9. l. 18. D. depoſ.* Sanè ex hoc dolo non magis naſcitur actio depoſiti, quam ex mora quæuis actio ex contractu. propter dolum malum ex depoſiti actione heres in ſolidum tenetur. *l. 12. de obl. & Act.* Quandoquidē hic dolus ex contractu reique perſecutione deſcendat *l. 7. §. 1. D. depoſ.* Non alius ſed idem dolus eſt, ſi quis interuenerit etiam eo caſu, quo ob imminens ex ſupraſcriptis cauſis periculum, depoſitio facta fuerit. Ita eſt; creſcere dicitur hoc caſu perfidiæ ſeu doli crimen *in l. 1. §. 4.* ex interpretatione prudentum. Quid tum? non eſt in actione depoſiti dolus minor, quo non obſtante heres in ſolidum ex contractu teneatur *juxt. D. l. 7. §. 1. D. l. 12.* & maior, quo obſtante non tam ex contractu quàm ex delicto

conueniri prohibeatur. Cauſas deponendi ſeparauit prætor, non dolum in iis à dolo. *l.* 1. *§.* 1. §. 2. §. 4. D. *depoſ.* Actio, quæ ex cauſa deponendi neceſſaria competit, ex cõtractu depoſiti datur, non ex dolo. Neque minus errant *D.76.decad. err.* 4. dum aiunt, neque ex contractu depoſiti, ſiue voluntariam ſiue neceſſariam cauſam habentis, neque ex dolo depoſitarii quicquam ad heredem peruenire vnquam poſſe ſupra id, quod depoſitum probatur, perfidiam nempe creſcere, non depoſitum. quaſi verò depoſitum augeatur additâ pœna. Quid enim; vrgent nihil poſſe ad heredem peruenire ex contractu depoſiti ſupra id, quod depoſitum. Si volunt vltra depoſitum nullam pœnam debuiſſe adiici, fieri non poteſt, vt non nouæ iuriſprudentiæ authores ſe faciant contra prudentiam, qua vtimur. Sin autumant nihil exiſtere poſſe in rerum natura, quod vltra id, quod depoſitum probatur, ad heredem depoſitarii poſſit peruenire, experientiæ obloquuntur, vtpote quæ doceat creſcere poſſe depoſitum ex fructibus, cauſa & partu ex natura contractus *l.* 1. §. 24. *D. depoſ. l.* 10. *D. de precar. l.* 38. §. 10. *D. de vſur. l.* 5. §. 9. *D. Commod.* multò magis vt ex dolo defuncti ad heredem peruenire poſſit, quod apud defunctum non fuit depoſitum, veluti rei depoſitæ à defuncto doloſè venditæ pretium cum vſuris & vtilitate, quæ inde deper-

deant

deant vulgò *fac.l.1.§.vlt.in fin.l.4.D.depoſ.* Item ſi quæ rebus depoſitis accedunt, non ſunt depoſita, vtputa ſi homo veſtitus deponatur, veſtis enim non eſt depoſita, nec ſi equus cum capiſtro. nam ſolus equus depoſitus eſt *l. 1. §. D. depoſ.* Hæc autem omnia & res aliæ quæuis vt ſimiliter accedere, ita ex dolo defuncti, qui noluerit ea vi depoſitionis ex neceſſitate apud ſe factæ repoſcenti reſtituere *d. l. 1. §. 22. D. depoſ.* ad heredem poſſunt peruenire, quæ teneatur reſtituere *juxt. D. verſic. aliquando Inſt. de perp. & temp. act.* Ac quidem non immeritò. Actio depoſiti eſt bonæ fidei *l. 1. §. 23. D. depoſ.* qua non minus liceat nobis ea, quæ rebus depoſitis accedunt, perſequi, quàm quæ rebus commodatis accedunt, actione commodati, quàm quæ rebus precariò conceſſis accedunt, interdicto de precario *d. l. 5. 9. D. Commod. l. 10. D. de precar.* Atque ita & hoc euicimus in actione depoſiti de re apud defunctum ob imminens ex ſupraſcriptis cauſis periculum depoſitâ, in qua doloſè verſatus ſit, tùm etiam ſi quid rei depoſitæ acceſſerit, & ad heredem peruenerit, tractari poſſe. Aliter vtut ampliſſimus Faber exiſtimare auſus *d. 76. decad. err. 4.* non turbor.

CAP.

CAP. III.

De pœnali actione ex teſtamento pro legatis piis, ex qua natura aduerſus heredem non competat, ſi nihil ad eum peruenerit.

IN actione ex teſtamento, quæ datur ad duplum pro legatis piis, non alia ratio eſt, quàm in ſpecie depoſiti, de qua hactenus actum. Negat Ant. Faber actionem iſtam eſſe ex contractu *76. decad. err. 5.* Quaſi verò actio, quæ ex quaſi contractu eſt *l. 5. §. 2. de obl. & Act. §. 5. Inſt. de obl. ex quaſ. contr.* propter eundem effectum, qui ei cum contractibus communis, contractui adſcribatur malè, *vid. infr. C. prox.* Actio ex teſtamento eſt actio ex teſtaměto. Quid audio? vult ea propter eam non eſſe ex quaſi contractu. Quaſi verò actio ex teſtamento, quatenus eſt filia obligationis ex quaſi contractu non recte dicatur eſſe actio ex quaſi contractu *vid. text. expr. in l. 9. & 17. D. de duob. Reis d. l. 5. §. 2. de obl. & Act. §. 2. Inſt. de obl. ex quaſ. contr. §. 10. Inſt. de Teſt. ordin.* Fateor. Porro, quoad ſimplum in hoc legatorum exemplo actionem aduerſus heredem in ſolidum dari, hoc eſt, pro ea parte, qua quis heres eſt *l. 157. in fin. D. de Reg. jur.* reſpectu alterius ſimpli, quod pœna eſt, non dari aduerſus heredem, vtut defunctus doloſè in

præſtando

præſtando legato verſatus ſit, modò nihil ex eo dolo aduerſus heredem peruenerit *juxt. D. verſic. aliquando Inſt. de perp. & temp. act.* Quid tum? vna hæc eſt actio, quà vel ſimplum cum eo, quod ex dolo peruenit, vel duplum petatur, non quam ſcindere fas in actiones duas, ceu ex vna ſimplum legati, ex altera præſtetur pœna legati doloſè non datio plane eodem modo, quo cum pœnali actione depoſiti comparatum. Aut quæ tandem differentia? actio illa depoſiti ex contractu, hæc ex quaſi contractu eſt. Illa pœnalis in duplum, hæc itidem. Illa extra proprium dolum datur adverſus heredem in ſimplum. Hæc itidem. Si placet examinemus, quæ vltra obiiciat Aduerſarius, ne inutile fiat exemplum, quod ſummè credi debet accommodatum. primum præſupponit hanc actionem eſſe ex maleficio, ſicuti ceteræ ſunt actiones, quæ in duplum dantur, aut per inficiationem creſcunt. Nam vix vllam in duplum ex contractu naſci, præter illam depoſiti, de qua hactenus actum. Itane? paulò ante negarat vir Ampliſſimus hanc actionem eſſe ex contractu, quoniam eſſet actio ex teſtamento. Nunc negat eam eſſe ex contractu, quoniam ſit ex maleficio, & nulla ex contractu in duplum competat præter illam depoſiti, de qua actum in præcedentibus. Quanta ingenii inconſtantia: adfirmauit

cap.

cap. præc. actionem illam *depoſiti* quoad ſimplum eſſe ex contractu, quoad pœnam eſſe ex maleficio. Nunc noſtra iterum probatâ ſententiâ, illam ex contractu in duplum dari non diffitetur. Quid ergo? non eſt verum actionem hanc pro legatis piis eſſe ex maleficio. Quinimo eſt ex quaſi contractu jam oſtenſum. Deinde ait, non negare Iuſtinianum *in §. 19. §. 23. Inſt. de Act.* quin actio illa, quæ in duplum datur contra eum, qui relicta eccleſiis dare diſtulerit in litem vſque, dari etiam debeat contra eius heredem, ſaltem ad ſimplum, etiam ſi res forte, quæ dari debuit, viuo primo herede perierit, vt proinde nihil neque ex dolo heredis primi ad ſecundum heredem peruenerit. Quemadmodum & in ſpecie *l. 18. D. depoſ.* Hæc extant *d. 76. decad. err. 5.* in quibus quis non iterum hominis ingenioſi admiretur negligentiam. Heres, qui relicta eccleſiis dare diſtulerit in litem vſque, fieri non poteſt, vt non doloſè eo ipſo verſatus cenſeatur, qui poſcenti legatum non dederit, propter cuius ſolutionem, in judicium eum vocari jus patiatur *fac. D. §. 19. l. 1. §. 2. D. depoſ.* abſoluitur nihilominus à pœna doli, ſi nihil ad eum ex eo dolo peruenerit, *juxt. §. 1. Inſt. de perp. & temp. act.* Quòd ſi autem primus heres ad litem vſque legatum eccleſiis datum præſtare diſtulerit, prout præſupponit Faber, jam neceſſe eſt illum

prius

prius in judicium vocatum eſſe, aut falſum eſſet ad litem vſque eum cunctatum, cum lis plenè inſtitui non poſſit, antequam in judicium vocatio præceſſerit. Quid ergo; ſi primus heres in judicium vocatus, & per conſequens dolosè moratus fuerit in ſoluendo legato pio, ait Faber, Iuſtinianum non negare quin ſecundus heres teneatur ad ſimplum, etiam ſi res forte, quæ dari debuerat, viuo primo herede peruerit, vt nihil ex dolo heredis primi ad heredem ſecundum peruenerit. Itane? non ſane id vſque adeo expeditum eſt. Scimus namq; lite mota cum herede primo, etiam actiones ex delicto merè pœnales aduerſus ſecundum heredem quoad pœnas perpetuari *l. 33. D. de obl. & Act.* Quanto magis in actione ex quaſi contractu ſi propter ſoluendum legatum pium in judicium vocatus fuerit heres primus, pœnæ perſecutio tranſmiſſa cenſeretur contra heredem ſecundum quaſi lite conteſtata cum mortuo, antequam moreretur *d. l. 33.* ſi ſuper duplo lis fuerit cum defuncto inchoata. Quid audio? ait, iniquum fore, ſi heres ſecundus iſto caſu ex primi dolo in duplum, & ſic præſtare pœnam teneretur. Quaſi verò jus tale iniquum ſit, quo vtimur pro æquiſſimo, nimirum omnes pœnales actiones poſt litem inchoatam & in heredes tranſire *l. 26. D. de obl. & act. l. 164. de Reg. jur.* Quid porro? ait, nec æquum

eſſe,

eſſe,ob idſolum, quod actio illa pœnalis eſt, adeò ſecundum heredem liberari, vt nec ſimplum præſtare teneretur. ita enim fore, vt voluntas teſtatoris interciderct morte doloque primi heredis. Quid? accerſito remotiſſimæ æquitatis adminiculo hæc dicuntur, poſtpoſito ciuilis obligationis vinculo, & actionis ex quaſi contractu deductæ certiori fundamento. Quod ſi enim mota heredi primo nulla fuerit controuerſia, tenetur heres ſecundus in ſimplum, non ob id, quod iniquum ſit ob id ſolùm, quod actio illa pœnalis eſt, omnino eum liberari, alioquin hæc ratio quantas daret turbas in actionibus ex maleficio pœnalibus) ſed quoniam in locum primi heredis, antequã in judicium vocatus fuerit, ſuccedens non vltra actione ex teſtamento poſſit teneri ex natura actionis, propter obligationem ex quaſi contractu, quæ iſto caſu comprobata ſit, vt voluntas teſtatoris in præſtandis legatis exitum ſortiatur. *§.5.Inſt.de obl.ex quaſ.contr.l.5.§.heres D. de obl. & Act.* Neque nego, ſi doloſè diſtulerit ſecundus iſte heres ſolutionem legati pii, vſque dum in judicium fuerit vocatus, in duplum conueniri eum poſſe ex proprio dolo *fac.l.9.§.1.de Trib. act.* Quid tum? heredis appellatio non ſolum ad proximum heredem, ſed & ad vlteriores refertur. Nam & heredis heres & deinceps heredis appellatione cõtinetur *l.65.de v. Sign.*

Quæſtio

Quæſtio eſt, vnde heres primus obligetur ad præſtationem legatorum. Ait Faber *d. 76. dec.err.5.* hæreditatem, quæ ad eum peruenerit, eſſe illam, quæ ipſum obliget *l. 17. de duob. Reis.* Atqui hereditas non eſt quaſi contractus. Heres legata ex quaſi contractu debere intelligitur. *§. 5. Inſt. de obl. ex quaſ. contr.* ex quasi contractu, inquam, quia hereditatem adiit *l. 20. D. de acq. hered. l. 3. in fin. D. Quib. ex cauſ. in poſſ. l. 6. in fin. D. de ſeparat.* Aliud eſt hereditas, aliud hereditatis aditio. Hereditas dicitur obligare heredes pro partibus hereditarij in *d. l. 16.* ad ſolutionem legatorum hereditas quaſi obligata eſt *l. 40. de obl. & Act.* heredes obligat hereditatis aditio. Similis acuminis eſt, dum ait *d. 76. decad. err. 5.* ad ſecundum heredem nihil ex dolo primi heredis poſſe peruenire. poſteaquam non tam à legatario aliquid habere, quàm hereditatem tanto locupletiorem conſecutus eſſe videatur. Quaſi verò dilatio legati ſoluendi dolo primi heredis facta cauſari non poſſit, vt ex fructibus, cauſa & partu ad ſecundum heredem aliquid perueniat, quod non perueniret, niſi doloſa primi heredis dilatio intercederet *arg. l. 1. §. 24. D. depoſ. l. 10. de precar. l. 5. §. 9. Commod.* Quaſi verò heres, qui legatum ſoluere detrectat, aliquid hereditarium cenſeatur retinere, nihil verò habere à legatario. Legatum immo non eſt pars hereditatis, hereditatem

N augens,

augens, aut vnà conſtituens, ſed totum aliquid ab hereditate ſeparatum, vtpote quod rectâ viâ ab eo, qui legauit, ad eum, cui legatum eſt, tranſeat, *l. 64. D. de furt.* nunquam factum heredis aut hereditarium *l. 80. de legat. 2.* Tantum abeſt, vt quod ex dolo primi heredis ad heredem ſecundum peruenerit, hereditatem locupletiorem efficiat, non heredẽ ſecundum, *conf. l. 12. in fin. D. Ad. exhib. l. 26. D. de dol.* adhuc obiicit Aduerſarius, primum heredem non eſſe obligatum ad præſtandum duplum, antequam in judicium ſe vocari paſſus fuerit, *juxt. §. item miſta Inſt. de Act.* ſeu, quod idem eſſe opinatur, antequam lis fuerit cum eo conteſtata. lite autem cum primo herede conteſtatâ, actiones etiam pœnales in ſolidum contra ſecundum heredem tranſire *l. vnic. C. ex del. def.* Iuſtinianum verò loqui *in D. §. item miſta* de conteſtatione, quæ facta ſit ſuper actione ex teſtamento, non ſuper actione pœnali. Ideo ad ſimplum vſque hoc caſu teneri heredem ſecundum, tametſi nihil ad eum ex mora, doloque defuncti peruenerit. Hæc extant *d. 76. decad. err. 5.* Ad quæ vt reſpondeam, arbitror, bene vtut iſta enuntiarentur, ad commodatum videri nihilominus hoc exemplum. Quid enim lite conteſtata ſuper ſimplo legato pio, verum eſt heredem ſecundum ob alterum ſimplum, quod pœna eſt & ſuper quo lis cum defuncto conteſtata non

non fuit, moleſtari. non debere, ſi nihil ex defuncti dolo ad eum peruenerit, *juxt. D. verſic. aliquando.* Ergo exemplum hoc quid ni ſit ad commodatum ſatis? At enimuerò qui ſeſe in judicium vocari patitur, nondum ſe judicio ſtitit, multò minùs litem eo ipſo conteſtatus eſt *fac. l. 15. D. Rat. rem. hab. l. 13. §. 2. D. Si quis cant.* ex opinione eorum, qui apud judicem datum litis conteſtationem conſummari opinantur *vid. Tim. Fabr. 1. Adnot. 23.* extra judicium patitur ſe quis vocari ad judicium, ac quidem tanto cum temporis interuallo, vt ante litis conteſtationem vel contra primum heredem actor adhuc ad duplum actionem inſtituere ſatis in tempore valeat *fac. d. l. 15.* vt non dicam, qui ponit litem hoc in caſu cum primo herede fuiſſe conteſtatam, eum aliter greſſus ſuos firmare oportere. Quid ita? Aut lis cum primo herede conteſtata eſt ſuper duplo & tranſit hæc actio in duplum aduerſus ſecundum heredem *l. 26. de obl. & Act. l. vnic. C. ex delict. def.* idemque juris eſſet, ſi ad ſoluendum duplum primus heres in jus vocari poſſet. Quandoquidem vel motâ controuerſiâ actio quælibet quaſi lite conteſtata ſimiliter perpetuetur *l. 33. de obl. & Act. l. 25. §. 7. de hered. petit.* ſed enim actio iſta in duplum ante vocationem in judicium ſuper legato ſimplo nondum nata eſt *d. §. 17. Inſt. de Act.* Aut non fuit lis conteſtata

vltra quàm ſuper ſimplo legato, & certum eſt ceſſare iudicium pœnæ tam aduerſus primum, quam ſecundum heredem, ſi ſimplum legatum actor fuerit conſecutus, quoniam nihil vtrique abſit *fac. l. 2. §. 1. de Tut. & rat. diſtrah.* Sin minus: poſt mortem primi heredis, cum quo lis ſuper ſimplo legato tantum fuerit conteſtata, libellum contra ſecundum heredem ampliari, & pœnam in iudicium deduci, quæ à defuncto petita non fuerit, ſatis, vt arbitror, inſolens fuerit, *fac. §. 34. Inſt. de Act.* ſi nihil ex dolo defuncti ad eum peruenerit. Atque iſto, niſi fallor, caſu adcommodatiſſimum eſt exemplum, quod proponitur ad illuſtrationem *§. 1. verſic. aliquando Inſt. de perpet. & temp. act.*

CAP. IV.

De Actione, quæ contra falſum Menſorem datur, ex qua natura contra heredes non detur.

POEnales actiones ex maleficiis aduerſus heredes non competunt. Quædam etiam pœnales actiones ex contractu aduerſus heredes non competunt, veluti ſi teſtator, hoc eſt, defunctus *l. 47. D. de Act. empt. l. 4. D. Si famil. furt. fec.* doloſè verſatus eſt, & nihil ex eo dolo ad eos peruenit *§. 1. verſic. aliquando*

Inſt.

Inſt. de perp. & temp. act. Igitur an quadrent exempla, quibus vulgò illuſtratur *d. §. 1. in D. verſic.* ex duabus hiſce notis diiudicandum eſt, videlicet, vtrum actio, de qua quæritur, ex contractu ſit, an deinde aliqua in parte ſimul pœnalis, *conf. D. jul. pact. 2. enant. 99.* Ex contractu autem cenſetur eſſe actio, quæ originem ſuam habet non ſolùm ex contractu, ſed & ex quaſi contractu *l. 12. de obl. & Act. l. 1. de Relig. & ſumpt. fin. l. 3. §. 1. §. 2. §. 3. l. 4. D. Quib. ex cauſ. in poſſ. l. 1. §. 6. D. de Conſt. pec.* Vnde actionem tutelæ, quæ ex quaſi contractu eſt, Paulus ex contractu venire profitetur *l. 49. de obl. & Act.* Quod & Vlpianus confirmat, dum inter contractus precarium tutelam, rerum communionem, & negotium geſtum connumerat *l. 23. de Reg. jur.* Quid ergo? exempla examinauimus vtriuſque generis, quæ adcommodantur vulgò ad *d. verſic. aliquando,* ſi placet, videamus nunc deinceps, vtrum actio quoque illa, quæ contra falſum Menſorem datur, eodem pertineat. Nam ita Petrus Faber jam pridem docuit *ad l. 38. de Reg. jur.* cui ſanè hac in parte lubens adſentior. Actio hæc initium habet ex negotio ſuſcepto *l. 4. Si menſ. falſ. mod. dix.* quod negotium, quatenus circumſcriptioni ſeu dolo opponitur *in d. l. 4.* quaſi contractum ſi adpellamus, non erramus *l. 1. D. de aſtim. act. l. 15. l. rogaſti D. præſcr. verb. l. 3. de Reb. auth. jud. poſſ. l. 5. de Reg. jur.*

Aduerſus heredem prorſus non competit *l. 3. §. 5. D. tit.* non tam quòd ex dolo malo ſit, aut ex eo nihil poſſit ad heredem peruenire, prout Faber ſentit *d. 76. decad. err. 8.* ſed quod reſpectu negotii ſuſcepti nulla rei perſecutoria actio competat contra Menſorem, vtpote ciuiliter eatenus non obligatum *l. 1. §. 1. D. tit. menſ. falſ. mod. dix.* Quid enim qui docent, ex falſo modo, quem menſor alicuius vel malo bono dixit, nihil poſſe ad heredem Menſoris peruenire, ignorare mihi videntur, quæ quotidiè accidere in ciuili ſocietate teſtari poſſit experientia quotidiana. Menſor operam ſuam beneficii loco præbet, & id quod datur, ei ad remunerandum datur *l.* 1. *D. tit.* non quæritur de repetendo eo, quod eo reſpectu ad menſorem vel eius heredem peruenit. Quia autem interſit noſtra, ne fallamur in modi renuntiatione, ſi forte vel de finibus contentio ſit, vel emptor ſcire velit, vel venditor, cuiuſmodi ager veneat, ideo aduerſus menſorem agrorum prætor hanc in factum actionem propoſuit *l. 1. in princ. D. tit.* quia ſolum menſoris dolum coërceri ſatis abundeque viſum eſt *d. l. 1. §. 1.* minimeque neceſſarium, vt ex ſuſcepto metiendi negotio ciuilis aliqua actio concederetur. Summatim actio hæc factum punit & in dolum concepta eſt *arg. l. 9. §. 1. D. Quod falſ. tut.* pœnæ nomine *l. 9. in fin. de Reb. Auth. jud. poſſ.* eaque ratio eſt, cur

aduerſus

aduerſus heredes ſimileſque perſonas denegetur *l.3.§.5. Si menſ.falſ. mod.dix.d.l.9. in fin. de Reb. auth.jud. d.l.9.§.1. Quod falſ. tut.* Ceterùm inquies, actionem hanc, ſi non partim rei perſecutoria eſt, partim pœnalis, non fore ex contractu, ſi credimus Fabro *76. decad. err. 6. in fin.* Reſpondeo non tam Fabro credendum eſſe, quàm Paulo *in l. 4. D. Si menſi falſ. mod. dixi* dum ſcribit ideo eam eſſe perpetuam, quia initium rei non à circumſcriptione ſed à ſuſcepto negotio procedat *l. 4. D. Si menſ. falſ. mod. dix.* Suſceptum negotium eſt quaſi contractus *fac. §. 10. Inſt. de Teſt. ordin.* Vnde dicimus rectè vel inuito Fabro *d. 76. dec.err. 8.* eum, qui negotium ſuſcipit, vel verè vel quaſi contrahere, & contra eumque qui contrahit, verum vel quaſi negotium ſuſcipere. Similiter exiſtimo ex quaſi contractu eam cenſeri poſſe reſpectu initii, *fac. l. 8. D. mandat.* quod à ſuſcepto negotio metiri liceat *juxt. d. l. 4.* tum ob dolum ex quaſi contractu quaſi pœnalem eſſe. ac quidem eo ſenſu talem, quæ aduerſus heredem menſoris, qui doloſe in modi renuntiatione verſatus fuerit, nunquam competat, id eſt, ſiue nihil ad eum peruenerit, *juxt. §. 1. verſic. aliquando Inſt. de perp. & temp. act.* ſiue aliquid, eo quod nulla ciuilis obligatio introducta ſit, qua id liceat repetere, prout jam ſupra comprobatum. Ratio, quæ melior, quàm illa, quàm adfert

Faber *D. 76 decad. err. 8.* dum ait, ex falſa menſoris renuntiatione lucrum aliquod menſori acquiri non ſolere, quod eius heredi poſtea extorqueri poſſit & debeat, ſed damnum ei tantummodo, cui falſa renuntiatio nocet, irrogari. Quaſi verò damnum, quod &, cui falſa renuntiatio nocet, irrogatur, mẽſor participare nequeat aut ad heredem eius peruenire, ſi hoc non ſcimus, quid agatur in mundo, neſcimus. Cumque non competat hæc in factum actio, niſi ei, cuius interfuit falſum modum renuntiatum non eſſe, hoc eſt, vel emptori vel venditori, cui renuntiatio offuit *l. 3. § .1. D. ſi menſ. falſ. mod. dix.* inde ait adverſarius *D. loc.* apparere, eſſe illam rei perſecutoriam ex parte actoris nec eò minùs tamẽ pœnalem illã eſſe ex parte Rei, cum ſit concepta in dolum, eiuſque factum puniat *l. 1. in princ. & §. 1. D. tit.* Non eſt ita: Nam hæc in factum actio eſt in dolum concepta, tum etiam factum punit, non nego. Eſt autem vi ipſa rei perſecutoria, quoniam non pœnam ſed veritatem perſequatur *fac. l. 7. §. 2. D. Quod falſ. tut.* Eſt verò pœnalis formulâtenus, hoc eſt non ratione pœnæ, quã perſequatur ſed pœnalis, quoniã pœnæ nomine concepta eſt, *conf. ſupr. libr. 1. c. 17.* vt non dicam, quàm malè dicatur actionẽ aliquam eſſe à parte Actoris rei perſecutoriam ; à parte Rei pœnalem, *vid. ſupr. libr. 1. c. 17.* Scire, quod velimus, bene ſciendũ eſt.

CAP. V.

De Actione Tributoria, ex qua natura adverſus heredem detur duntaxat de eo, quod ad eum peruenit.

DOminus, qui alioquin in contractibus ſerui priuilegium habet, vt deducto, quod ſibi debetur, non vltra peculii æſtimationem teneatur, veluti extraneus creditor cum reliquis creditoribus in tributum vocatur in merce ea peculiari, in qua ſcierit ſeruum ſuum negotiari *l. 1. in princ. D. de Trib. Act.* honoris loco, vt videtur, conceſſa ei à prætore diſtributione §. *3. Inſt. Quod cum eo* in qua quos læſerit, aut lædere præſumat diſtributione pro rata negatâ *l. 7. §. 2. D. de Trib. Act.* eis actio hæc ſubueniat. Actio, inquam, quæ ex contractu ſerui naſcitur, eodem ſenſu adſumpta Tributi qualitate & nomen *peculii* format actionem de *peculio* ad naturam contractus, ex quo competit *conf. l. 5. §. 2. de exerc. Act. l. 3. §. 7. l. 5. in princ. D. de pecul.* Vnde rei perſecutionem vi contractus in merce peculiari continet, non deſcendit ex delicto *l. 1. §. 20. l. 8. de Trib. Act.* Et tamen contra heredem Domini non vltra datur, quàm de eo duntaxat, quod ad eum peruenit *l. 7. in fin. d. l. 8 de Trib. Act.* Ex qua tandem natura? an quoniam ex ſolo defuncti

dolo detur? non certè: eſt rei perſecutoria ex contractu *l. 1. §. 20. de exerc. act. D. l. 8.* an verò quoniam detur ex dolo non in contractu, ſed in iniqua diſtributione admiſſo, prout Oldendorpius *4. claſſ. act. 6.* & petr. Faber *ad. l. 38. de Reg. jur.* exiſtimant? Nec hoc quidem, cum eo poſito Dominus & eius heres non vi contractus à ſeruo initi conueniendus eſſet à creditoribus, ſed actione doli ratione doli in diſtributione admiſſi. At enimuero actio Tributoria non eſt actio de dolo *d. l. 8. de Trib. act.* Quid ergo? vera ratio eſt, quòd Inſtitorum non iſte fauor ſit, qui in peculiaribus mercibus voluntatem Domini extendat ad ſolidi obligationem *l. 1. §. 20. exerc. act.* proinde Dominus pro viribus eius mercis, in qua ſeruus ſuus ſe ſciente negotiatus eſt, quodque inde receptum, & ſic non vltra id, quod inde ad ſe peruenerit, creditoribus detracta ſua portione pro rata *l. 5. §. 6. de Trib. act.* tribuere obligatus ſit *l. 11. l. 5. §. 5. §. 11. de Trib. act. §. 3. & 5. Inſt. Quod cum eo.* heres eius eiuſdem juris poteſtatiſque ſit, cuius fuit defunctus. Igitur teneatur perpetuò ac quidem juxta naturam peculii in id, quod apud ſe eſt *l. 30. §. 1. de pecul.* vtpote cuius peculii pars exiſtat merx illa *l. 11. de Trib. act.* in qua ſeruus ſciente Domino negotiatus eſt, in ſolidum de eo, quod ad eum peruenerit vltra defuncti portionem pro rata *iuxt. d. l. 7. in fin. de Trib. act.* ſiquidem id præ-

ſtando

ſtando cenſeatur ſecundum tenorem juris in merce peculiari ſolidum præſtare *fac. l. 1. l. 7. D. Quod cum eo l. 1. D. de pecul.* Neque tam inſolens videri hæc interpretatio debet, etſi noua eſt. De Domino dixerat vlpianus *in d. l. 7. §. pen. de Tribut. Act.* næ ideo mox ſubiunxit hanc actionem & *perpetuò*, contra Dominum; aliter quam actio de dolo datur, & *perpetuò* in heredem dari de eo duntaxat, quod ad eum peruenit *d. l. 7. §. fin.* Quid enim, ne propter dolum id non bene dici ſtatueremus, perpetuò Dominum & eius heredem hac actione teneri de eo, quod ad eos peruenit, ſubdit Iulianus propterea tam Dominum quàm heredem perpetuo teneri quia non ſit de dolo hæc actio, ſed rei perſecutionem habeat *d. l. 7. in fin. l. 8. D. tit.* videlicet ex contractu. Ac ſi diceret: actio de dolo annalis eſt in cauſa peculii *l. 26. D. de pecul.* Tributoria actio non eſt actio de dolo, ſed vel mortuo ſeruo, qui ſciente Domino negotiatus fuit, Dominus, item heres eius perpetuò teneri debebit eatenus *juxt. d. l. 7. in fin. D. l. 8.* nimirum Dominus propter ſerui contractum, quem ſciuit *l. 1. §. 2. & 3. de Trib. act. l. 1. §. 20. de exerc. act.* heres Domini non tam propter ſcientiam Domini quàm propter contractum ſerui ſciente Domino initum, in quem ſucceſſerit eatenus ex natura contractus in merce peculiari. *fac. §. 4. Inſt. Quod cum eo l. 1. §. 20. D. de exerc. act.* maximè

cum

cum peculii pars ſit merx iſta *l. 11. de Trib. act.* propter cuius diſtributionem Tributoria competat. Actio autem de peculio datur in heredem, quatenus locupletior factus eſt *l. 30. §. 7. l. 21. §. 1. §. 2. D. de pecul.* Actio, inquam de peculio eatenus datur, ſed quoties dolus interceſſit *d. l. 30. §. 7. d. l. 21. §. 2.* Ergo quid ni ſimiliter Tributoria? Quæ de totius peculii actione dicuntur, eadem & de parte peculii in Tributoria actione intelligenda ſunt *arg. l. 76. D. de Rei vind.* Vnde & de Tributoria idem reſponſum eſt *in l. 3. Quand. ex fact. tut.* Item peculium decreſcit, cum res peculiares intercidunt *l. 40. §. 1. de pecul.* ergo & illud in tributoria, quod Domini dolo non diſtributum, antequam potuerit ad heredem eius peruenire, poſtea interciderit, quid ni ſimiliter decreſceret *fac. l. 9. §. 2. de Trib. act.* Ratio, quæ rationem reddit, quare heres duntaxat in tributoria de eo, quod ad eum peruenerit, teneatur, non vltra, *conf. l. 1. §. 20. D. de exerc. act.* Quid? Dominus tenetur tribuere, quod ex ea merce, in qua ſeruus negotiatus eſt, quodque eius nomine ab eo receptum *l. 5. §. 5. l. 11. de Trib. Act.* Quod ſi autem heres Domini, quantum Dominus ex merce non juſtè diſtributa perceperit, in tantum teneretur, ſiue aliquid inde ad heredem peruenerit, ſiue nihil, jam propriè in ſolidum teneretur etiam extra cauſam peculii, hoc eſt, juris

tenori

tenori ſatisfieret juxta naturam contractus à non ſeruo initi. Sententia juris, contra jus quæ conſiſtere non poteſt in hac parte juris. Quid ita? ex contractibus eorum, qui in poteſtate ſunt, in tale ſolidum non eſt actio aduerſus eos, ſub quorum poteſtate ſunt, *vid. tot. tit. Quod cum eo.* Noſtra hæc omnis diſputatio eſt de contractu à ſeruo inito in merce peculiari ſciente Domino. Quandoquidem autem heres in eo teneatur de eo duntaxat, quod Dominus minus tribuit, & ad ſe peruenit *juxt. d. l. 7. in fin. D. de Trib. act.* næ ideo tale jus placuit, vt intelligeremus eatenus non tam ex dolo defuncti in diſtributione admiſſo eum conueniri, quàm ex natura contractus à ſeruo cum Domini ſui ſcientia initi in merce peculiari, cuius & contractus & mercis reſpectu eatenus Domino ſucceſſerit, non vltra *juxt. §. 3. §. 4. Inſt. Quod cum eo l. 7. in princ. D. de Trib. act. l. 30. de pecul.* Scio Tributoriam non aliter, niſi dolo interueniente aduerſus Dominum competere *l. 7. §. 2. §. 3. l. 9. §. 2. D. de Trib. act.* eo ſenſu, quo dicimus de qualibet actione, quæ competat nobis ea agi non poſſe, niſi Reus nobis ſatisfacere tardet detrectetur. Qualis occaſio in quouis contractu quæuis iſta mora eſt, talis occaſio in tributoria dolus eſt, de quo agimus. Actio ex contractu quo ſenſu exercetur occaſione moræ

non

non verò vt actio propterea ex iſta mora exiſtat: non aliter tributoria occaſione doli exercetur, nòn verò vt propterea ex dolo exiſtat. At enim dolus hic non ineſt contractui, ex quo contra Dominum agitur tributoriâ, ſed diſtributoni negatæ aut non factæ pro rata. Adeo Dominus re compertâ negare non poteſt diſtributionem citra dolum *l. 7. §. 2. D. de Trib. act.* Tantum abeſt, vt dolus tantum in diſtributione commiſſus huic actioni locum faciat, non etiam aliud, veluti Dominus, cum litem conteſtatur, dolo facit, qui perſeueret nolle diſtribuere *fac. l. 2. §. 3. de dol. & met exc.* Tum videmus omnes, de actione tributoria agi *in d. 7. §. fin. de Trib. act.* non de diſtributione aut doli clauſula. Quia igitur non de dolo defuncti contra heredem hæc actio detur, & tamen ex contractu detur, neque vltra quàm ad heredem peruenit, contra eum detur *juxt. d. l. 7. in fin. d. l. 8. de Trib. act.* aliunde arceſſenda fuit natura, ex quà fiat, vt ex contractu, & tamen non in amplius competat. Dominus nondum defunctus ex dolo ſuo non conuenitur, cum tributoria contra eum inſtituitur, multò vt minus defunctus in perſona heredis conueniretur ex dolo, de eo quod ad heredem peruenit. Quid enim? ſcientia Domini locum facit tributoriæ, nimirum vt ea teneatur ex eo ipſo, quod ſciuerit in ea merce, de qua inter eum & creditores quæſtio eſt,

ſeruum

ſeruum ſuum negotiari *l.1.§.3.§.fin.de Trib. act.* Hæc ſcientia reſpectu ſiue ſui, ſiue creditorum, non eſt dolus, ſed reſpectu ſui incommodum, reſpectum creditorum commodum, quia propter eam Dominus priuatur ſuo deductionis commodo cum creditorum commodo. Dolus autem Domini, qui poſteà intercedit, Domino ſibi plus deducẽte quàm pro rata ſui debiti *l. 7.§.2.l.12. de Trib. act.* tantum eſt cauſans damnum, propter quod creditor cogatur tributoria in judicio contra eum vti, non propter quem vel quam tributoria ei competit vi obligationis in terminis actionis natæ adquiſitæque ad obtinendam juſtam diſtributionem. Atque ita vt inter ſcientiam iſtam & hunc dolum tanta ſit differentia, quanta eſt inter quaſi contractum, & delictum. Etenim Dominus, cui ſeruus ſuus debet, eum ſciens in merce quadam peculiari negotiari, eo ipſo ceu vnà creditorem extraneum ſerui ſui ſe conſtituit, & creditores cæteros reſpectu eius negotiationis ex contractu ſerui ceu ex contractu quodammodo ſuo in tributum admittere cogitur. contra ſuum deductionis priuilegium, propter iſtam ſuam ex ſcientia ſua, quæ reſultat, negotiationis iſtius approbationẽ *l. 1. in princ. & §.3.D.de Trib. act. fac.l.13. D. de precar.* Aliter profectò quàm res ſeſe habet cum dolo, qui poſtea in diſtributione facienda aut minus

juſtè

juſtè facta interceſſit, nedum quaſi ſit de ſubſtantia actionis tributoriæ, aut ſubſtantiam intret cum inchoatur. Accedit, quòd dolus ſi hanc actionem produceret, ex delicto domini eſſet, non eſſet Tributoria ex contractu ſerui. Sedenim dominus eſt, qui in diſtribuendo dolum admiſit; ſeruus ſcientiâ domini contraxit. Tributoria autē competit ex contractu ſerui aut nō eſſet actio tributoria. Quid ita? ei, qui cum ſeruo in merce peculiari Domino ſciente cōtraxit, actio tributoria adquiſita eſt ab ipſo contractus momēto ante diſtributionem, multò magis ante dolum. Dolus verò qui poſtea in tribuendo interuenit, ne poſſit nocere, inſtituta demum in judicio hac actione coërcetur. Aut ſaltē ita accipio *l.7.§. 2. D.de trib. Act.* non vt propria pœna puniatur dolus Domini in hac actione vel per hanc ctionē, ideoq; heres nō vltra teneatur, quàm ad eum peruenerit ex eo dolo. Quod ipſum perperam hactenus exiſtimatum eſt, dolus quippè inſtituta hac actione coërcetur eo modo, quo captis pignoribus fit coërcitio *arg.§.pen.inſt.de ſatiſd. d. tut.* non pœnaliter ex delicto. Tum etiam illud non placet, quaſi hæc actio propterea adiungi poſſit actionibus iſtis ex contractu, quæ contra heredes non dantur, ſi nihil ad eos peruenerit *juxt.§. 1. verſic. aliquando inſt. de perp.& temp.act.* Quid enim loquitur iſte *verſiculus* de defuncto, qui doloſè

doloſè in contractu verſatus. Dominus autem tributoria actione, contra quem agi potuit, non doloſe verſatus eſt in contractu ſua cum ſcientia à ſeruo ſuo initi, ſed in diſtributione, quoniam Edicto prætoris minus ſatis faciat, dolo demum retinere ſolet, quod juſtè diſtribueret *l.12.D. de Tribut. Act.* Item *verſiculus* iſte loquitur de actione ex cõtractu, in quo doloſè defunctus eſt verſatus, & nihil ad heredem ex eo dolo peruenit. In actione tributoria Dominus in contractu præſupponi non poteſt verſatus doloſè. Alioquin eâdem iuſtitiâ in ſolidum & non pro viribus peculii teneretur, qua is, cuius iuſſu ſeruus contraxit, in ſolidum obligatur, *arg. l.1.D. Quod iuſſ.* multo mimus vt neceſſe ſit præſupponi ex dolo defuncti ad heredem perueniſſe, quod ſimpliciter probari poteſt ad eum perueniſſe ex merce peculiari, aut ſi quid ei acceſſit. Quomodo id, quod peruenit, interpretari ſoleo *in d.l.7.in fin. ex l.11. de Trib. Act.* in ſumma, vtut ex contractu hæc actio ſit, nõ tamen aliqua in parte eam pœnalem eſſe credendum eſt. Niſi dicere quis velit in eo videri eam pœnalem eſſe, quòd Dominus ſciens ſeruum in merce quadam peculiari negotiari, propter iſtam ſcientiam Edicto prætoris ſuo deductionis priuilegio priuetur. *iuxt. l.1: de Trib. Act.* Alias huic opinioni non ſoleo ſubſcribere. Ac adeo quicquid ſit, ego latius

hæc deduxi, vt ſciretur, in quam multis faber *D. 76 decad. err.* 7. hæreat paſſim, non intellecta huius actionis natura. primum ait, hanc actionẽ dari ob dolum & ad dolum puniendum. Quod vtrumque falſum eſt. Enimuero eſt actio rei perſecutoria ex contractu ſerui, non ex delicto, multo minus pœnalis ex delicto. Non quidem competit, niſi dolo interueniente *l. 8. de Trib. Act.* Interim cauſa principalis & immediata attendi debet, non quæ per conſequentias incidit *arg. l. 1. de Auth. tut. l. 49. de obl. & Act.* contractus vera eſt cauſa agendi; dolus in diſtribuendo commiſſus eſt occaſio actionem non diutius differendi. Quod ſi autem in actione tributoria dolus Domini puniretur, vltra rem diſtribuendam pœna aliqua ei infligeretur. Atenim hoc nuſpiam relatum & omnino erroneum eſt, *vid. ſupr.* Ait porro, eam rationem, quod tributoria ſit rei perſecutoria *juxt. l. 8. de Trib. act.* non adcommodari poſſe ad illam vlpiani ſententiam, quæ habet eam actionem dari aduerſus heredem de eo duntaxat, quod ad eum peruenit. Contrarium jam hic euicimus. Actio, *Si menſor falſum modum dixerit*, dicitur eſſe perpetua, eo quod non ex dolo ſed ex ſuſcepto negotio originem acceperit *l. 4. Si menſ. falſ. mod. dix.* Similiter actio tributoria quandoquidem rei perſecutionem contineat, propter factum ſeu

negotium

negotium defuncti perpetua eſſe perhebitur *in l. 8. de Tribut. act.* poſtremo idem auctor ait, tributoriã ex parte Rei non tãtum eſſe pœnalem, ſed etiam inſpecta ipſius origine & cauſa, quia ſcilicet detur, vt dolus Domini coërceatur. Quæ omnia quàm malè ſcribantur non ſolum contra naturam huius actionis, ſed & generaliter inuita juris ratione. *vid. ſupr. libr. 1. c. 17.* tum etiam contra ſeriem pandectarum, quaſi actiones ex delicto inter actiones ex contractu paſſim inſertæ, (contra *Conſt. de Confirm. dig. ad Senat. & omn. pop.* §. 5.) patet ex iis, quæ hoc capite de natura huius actionis diſſeruimus. Ac quidem, vt nobis videtur, ex ſententia prudentum.

CAP. VI.

Interdictum de precario, ex qua natura ex defuncti dolo non in ſolidum detur aduerſus heredem; ſed de eo duntaxat, quod ad eum peruenit.

Difficile videtur Ant. Fabro *76. decad. err. 8.* quod de precario ſcriptum eſt *in l. 8. §. vlt. D. de precar.* eo interdicto teneri quidem heredem eius, qui precarium rogauit, quemadmodum & ipſe, qui rogauit, tenetur, vt, ſiue rem precariò datam habeat, ſiue dolo fecerit, quò minus haberet, teneatur. Sed ta-

men ex defunċti dolo non teneatur, niſi hactenus, quatenus ad eum peruenit; cum per interdictum de *precario* actor rem ſuam perſequatur, non etiam pœnam vllam, id eſt, aliquid, quod ſit ſupra rem, proximèque accedat precarium ad commodatum, nec poſſit videri pœnalis hæc perſecutio ex parte Rei non magis, quàm ex parte Actoris. proinde mirum ſit, cur aduerſus heredem illius, qui precariò rogauit, non detur in ſolidum: maxime ſi generaliter verum ſit, in actionibus omnibus, quæ meram rei perſecutionem continent tam ex parte Rei quam Actoris; vt contra heredem in ſolidum dentur, licet nihil ad eum peruenerit, tum quoque cum ex maleficio dantur, multò magis ex cauſa precarii. Quid dicam? difficultates non admodum difficiles: aut ſaltem ita mihi videtur. Idque vt dilucidiùs intelligatnr, ſciendum eſt, Interdicta omnia vi quidem ipsâ eſſe perſonalia, in rem tamen videri concepta *l. 1. §. 3. D. de Interdict. conſ. l. fin. C. de Edict. D. Hadr. l. 1. l. 2. C. de prec. & Salu. l. 10. l. fin. de Nou. ex. nuntiat. l. 1. §. 1. D. de ſuperfic. vid.* Vultei. *ad Inſt. tit. de Interdict. num. 4. & 5. item 2. Iuriſpr. 21.* Donell. *15. Comm. 37.* Petr. Frider. Mindan. *in tract. de Interdict. comm. 7. num. 44.* Franc. d'Argentè *Not. ſubſec. c. 1.* Ideoque Interdictum, quo precarium reuocatur, quoniam in rem quoque conceptum videatur,

adverſus heredem competere in ſolidum, ſi precarium in ſolidum ad eum peruenerit. Siquidem eo caſu teneri eum æquum ſit, quemadmodum defunctus, qui precarium rogauit, dum in viuis erat, tenebatur, *juxt. d. l. 8. in fin. de precar.* Plane eodem modo, quo heres in Rei vindicatione tenetur, ſi poſſidet eam rem, quam defunctus poſſedit *l. 51. l. 55. de R. vind.* Nec mirum: in rem hæc propriè concepta eſt. Interdicta videntur in rem concepta *d. l. 1. §. 3. de Interdict.* veluti interdictum de *precario* in rẽ videtur conceptum, eoquod per illud non tam res, quàm vſus rei reuocetur. Jam autem precarium aut ad heredem non peruenit, neque dolo factum eſt, quo minus peruenerit. Hoc caſu heres prorſus non tenetur interdicto de *precario juxt. d. l. 8. in fin. D. de precar.* vtpote in rem ſcripto *l. 1. l. 2. C. de precar. l. 2. §. 2. D. de Interd. fac. l. 9. §. 8. Quod met. cauſ. l. 4. §. 33. de dol. mal. & met. exc.* Quam heres quandoquidem non habeat, ideo nec vſus eius ei auferri poſſit aut debeat. magis, qnàm in Rei vindicatione heredi res aliqua auferri, quam nunquam poſſederit, nec dolo fecerit, quo minus poſſideret *l. 51. de Rei vind.* Quòd ſi verò precarium non in ſolidum ad heredem peruenerit, nec dolo factum fuerit, quo minus in ſolidum peruenerit, ſed pars aliqua ad eum peruenerit, juſtiſſimè reſponſum eſt, ex dolo defuncti he-

redem hoc caſu teneri hactenus, quatenus ad eum peruenit *d. l. 8. in fin. de precar.* idque iterum ad exemplum rei vndicationis, vtpote in qua tale lucrum actione in factum heredi ſimiliter extorqueatur *l. 52. de R. vind.* Sin denique precarium defuncto conceſſum ad heredem peruenerit, aut dolo eius factum fuerit, quo minus peruenerit, expeditum eſt, in ſolidum eum teneri eodem modo, quo in rei vindicatione idem juris eſt. Atque eò pertinet dum ait Vlpianus, interdicto precarii heredem eius, qui rogauit, teneri, quemadmodum ipſe defunctus, qui rogauit, tenebatur *d. l. 8. in fin. de precar.* Neque miror, hanc deciſionem ab Aduerſario obſeruatam non eſſe. Naturâ huius interdicti in rem ſcripti ignoratâ quomodo potuiſſet obſeruari? Immo & hinc factum, vt eâdem ignorantiâ eandem actionis, *Quod metus cauſa* naturam *juxt. l. 9. §. 8. Quod met. cauſ. l. 4. §. 33. de dol. mal. & met. exc.* minus dextrè expéderit *92. decad. err. 7.* qua ex ratione aduerſus poſſeſſorem detur & iſta actio. Verum enimuerò, ſi placet, videamus nunc porro, qua arte difficultates iſtas, laborarit amouere. Reſpondet heredem eius, qui precarium accepit, in precarii interdicto propterea non teneri in ſolidum ex dolo defuncti, quia precarium neque contractus ſit, neque quaſi contractus: generale verò eſſe illud & perpetuum, vt ex

defuncti dolo nunquam heres teneatur in ſolidum, niſi cum ex contractu actio veniat *l. 12. l. 49. de obl. & Act. l. 7. §. 1. D. depoſ.* extra illum caſum actionem, quæ datur ex dolo defuncti, eſſe ex maleficio, ideoque aduerſus heredem non dari in ſolidum, ſed de eo, quod ad ipſum peruenit, niſi ex ſua natura & ex vtraque parte tam Rei quàm Actoris habeat rei perſecutionem. reſponſio intolerabilis. Quod ipſum vt feliciter demonſtrem, à poſteriori reſponſionis parte exordiar. Primum ait, extra caſum contractus actionem, quæ datur ex dolo defuncti, dari ex delicto & non in plus aduerſus heredem, quàm quod ad eum peruenit, niſi ex ſua natura & ex vtraque parte tam Rei quam Actoris rei perſecutoria ſit. Aut non intelligo, quod dicit, aut iterum poſterior hæc exceptio deſtruit, quicquid conciliationis loco reſpondit. Quid ita? Interdictum de *precario* extra cauſam contractus vel quaſi ex delicto deducit, ideoque aduerſus heredem non in ſolidum ſed de eo, quod peruenit, competere judicat, niſi ex ſua natura & ex vtraque parte tam Rei quàm Actoris habeat rei perſecutionem. Iam omnes vident non tolli iſto modo difficultates iſtas, ſed reddi. Siquidem deciſio quas tollere, eas exceptio videatur reducere. Deciſio eſt, precarium non eſſe contractum vel quaſi, ideoque heredem ex

delicto ſeu dolo in precario commiſſo teneri de eo tantum, quod peruenit. Exceptio eſt, actionem ex delicto vtrimque rei perſecutoriam in ſolidum aduerſus heredem competere, quam ſumpſiſſe videntur ex Petro Barboſa *ad l. ſi filiuſſ. 15. D. de judic. num. 123. num. 126.* Atqui interdictum de *precario* ex ſua natura tam à parte Rei, quàm actoris eſt rei perſecutoria, vel ipſo confitente aduerſario *d. 76. decad. err. 8.* Ergo quid juuat, ex delicto interdicti iſtius natura vt cenſeatur, ſi reſpectu deciſionis de eo, quod peruenit aduerſus heredem competat, reſpectu exceptionis, in ſolidum. Quàm bella juriſprudentia! Rei vindicatio non ex contractu venit & ex natura ſua vtrimque rei perſecutoria eſt. Si Fabrum ſequeremur, qui talem actionem interueniente dolo vult contra heredem in ſolidum dari *d. loc.* hoc eſt, etiam cum nihil ad eum peruenerit, fieret vt rei vindicatio contra naturam ſuam eâ naturâ donaretur *cont. d. L. 52. de R. vind.* Tum exceptio iſta, actiones ex delicto vtrimque rei perſecutorias aduerſus heredem in ſolidum competere, falſiſſima eſt *vid. ſupr. lib. 1. c. 10. & 11.* Quid multis: corruit etiam ingenioſiſſimi viri deciſio, dum ſcribit precarium non eſſe quaſi contractum. Aliter prudentibus viſum eſt *in l. 23. l. 45. de Reg. jur. l. 1. §. vlt. de precar.* ſi non nomine tenus, ſufficit quoad effectum, vt quaſi contractibus adnu-

meretur

meretur. Aliquãdo accipitur pro re ipſa, vel eius poſſeſſione precibus impetrata ad vtendũ *l. 1. D. de precar.* Nos loquimur de precario, quatenus eſt actus, quo licentia vtẽdi rogatur & impetratur. Reſpectu concedentis non eſt quaſi contractus, quandoquidẽ hoc caſu ad donationes & beneficii cauſam magis ſpectet quã ad cauſam contracti negotii *l. 14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* precarium eſt, quaſi cõtractus, quatenus eſt actus bono rogantis de re vtẽda durãte concedẽtis placito placitus *fac. l. 1. §. 3. verſic. adeo D. de pact.* maximè cum apertior cõuentio agnoſcatur in hoc actu, quã ferè in vlla quaſi cõtractuum ſpecie, qui referuntur *in l. 5. de obl. & Act. tot. tit. Inſt. de obl. ex quaſ. contr.* plane vt qui rogat & impetrat precariò, figurâ contracti alicuius negotii eo ipſo vti non immeritò videatur *arg. l. 2. in fi. D. de precar.* Quòd autem actio ciuilis ex precario nulla naſcatur *juxt. l. 14. de precar.* defectus conuentionis non facit, ſed cõſtitutio rei & vſus, in quo cõſiſtit. Roganti non eſt prodita actio Ciuilis, nec debuit etiã prætoria dari cõtra concedentẽ *juxt. d. l. 14. l. 17. de prec.* quoniam naturâ æquũ eſt, vt liberalitatẽ ſuam reuocanti non contradicat, multò minus vi actionis eum ad vſus permiſſionẽ conſtringat *fac. l. 2. de prec.* Concedenti quoq; nõ eſt ex precario prodita actio Ciuilis cõtra eum, qui precariũ habet *juxt. d. l. 14.* quoniã dominio nõ amiſſo & poſſeſſione nequidẽ

 ſemper

ſemper cōceſſa *l.4.§.1.l.6.§.2.l.15.§.2. de precar.* jus Ciuilè reliquerat hunc actum in libero beneficii reuocabilis ſtatu; non data aliqua actione *l.14.§.11.D.de furt.l.14.de precar.* Eaque cauſa eſt,quamobrem prætor, vt hac in parte jus Ciuile ſuppleret *arg. l.7.§.1. de Iuſt. & jur.* expeditius concedentem non poſſe juuari judicarit, quàm introducto hoc interdicto *d.l.14.§.11.* Ac quidem adfabrè remedium hoc excogitatum quis non agnoſceret? Dominum ſuum Dominus ſua actione tuetur *l.9.l.24.de R. vindi:* poſſeſſionem interdicto *in princ. Inſt. de interdict.* de poſſeſſione vel quaſi diſputatur in precario *l.4.§.1.l.6.§.2.l.15.§.4.de precar.* Igitur interdicto eam defendi oportuit. De interdicto non agitur *in §.1. verſic. aliquando.Inſt. de perp. & temp. act.* ſed de pœnali actione ex contractu, *vid. ſupr.c.1.2. & 3.* Vnde ſi qui volent hinc exemplum petere, non poſſunt juuari, etſi precarium, quatenus eſt quaſi contractus, ſumere velint pro contractu *juxt.c.4.ſupr.* tum interdictum pro actione *juxt.l.37. de obl. & Act.* niſi dicatur pœnæ nomine in dolum conceptum eſſe hoc interdictum, *jnxt.d.l.8.in fin.de prec.* Fateor, quoniam hodie omnia judicia ſunt exttaordinaria; non eſſe neceſſe reddi interdictum, ſed perinde judicari ſine interdicto, ac ſi vtilis actio ex cauſa interdicti reddita fuiſſet *in fin. Inſt. de interdict.* Quid tum? nec interdictum

nec

nec actio iſta vtilis de *precario* competit ex quaſi contractu, ſed ex ſua ſuæ cauſæ figura *fac. l. 1. de obl. & Act.* videlicet vi poſſeſſionis, quam animo is, qui conceſſit, retinuit & quouis momento reuocabilem conceſſit, aduerſus eum, qui precarium non tam rogauit quàm habet *l. 4. §. 2. l. 6. §. 2. de prec. l. 3. §. 5. de Acq. vel am. poſſ.* Quarum rerum neque obſcura eſt diuerſitas. Alia quippe natura eſt actionis ex quaſi contractu: alia Interdicti de *precario*. Illa ex precario ſi conceſſa fuiſſet ciuilis actio de *precario*, oporteret, prodita fuiſſet: item illa aduerſus heredem in ſolidum tranſiret, prodita fuiſſet: hoc quidem tranſit, ſed quatenus heredes rem precariam defuncto, cui ſucceſſit, conceſſam habet *l. 8. §. 8. D. de precar. l. 2. C. eod.* ceu ex noua conceſſione, donec, qui precariò, quod defuncto ſucceſſerat, hoc precariò eius heredem habere patiatur *l. 4. in fin. l. 5. de precar.* & ſic ratione rei & poſſeſſionis ex perſona ſua non defuncti *iuxt. d. l. 8. §. 8.* ad exemplum Rei vindicationis *l. 55. de R. vind. l. 1. §. 3. de interdict.* Quod ipſum vel ideo notandum, ne hæſitemus cum Ant. Fabro *76. decad. err. 9. in princ.* cur precariò rogatio dicatur non tranſire ad heredem eius, qui rogauit, eo quod ei duntaxat, non ipſius heredi conceſſa intelligatur poſſeſſio *l. 12. §. fin. de prec.* Quia enim non tranſeat ad heredem, vt teneatur, quà heres eſt, ſeu, quod

idem eſt, ex perſona defuncti *juxt. d. l. 12. §. fin.* ideo non ex quaſi contractu ſed ex ſua perſona heres tenetur propter poſſeſſionem rei defuncto, cui ſucceſſit, precariò conceſſæ na-naturaliter apprehẽſam *l. 23. de Acq. vel. am. poſſ.*

CAP. VII.

Heredem ignorantem interdicto de precario vt heredem *non teneri: nouè explicatâ l. 11. de diut. & temp. præſcr.*

PRecariò rogatio & ad heredem eius, qui conceſſit, tranſit. Ad heredem autem eius qui precariò rogauit, non tranſit. Quippe ipſi duntaxat, non etiam heredi conceſſa poſſeſſio eſt *l. 12. §. 1. de precar. l. 8. §. 1. ibid.* Interea heres eius, qui precario rogauit, interdicto tenetur ex perſona ſua, *juxt. d. l. 8. in fin.* Atque inde Dominus vbi precarium reuocat, ab eo momento heres, niſi reſtituat, interdicto tenetur, eadem ratione, quâ in reali actione heres, qui poſſidet, quà poſſidet, tenetur, non quà ſcit aut ignorat defunctum poſſediſſe. Neque dum iſtud enuntio, Papinianum aduerſarium habeo. Quid enim? cum heres in vniuerſale defuncti (non auctoris ſingularis *l. 3. C. de per. & comm. rei vend. l. 5. de diu. & temp. præſcr.*) jus ſuccedit, ſcio ignoratione eius,

vitia

vitia defuncti non excludi : veluti cum defunctus *ſciens alienum illum* fundum *illo* (ſcilicet vitio ſcientiæ, fundum eſſe alienum, vtpote quo pro poſſeſſore poſſidet *l. vlt. de precar. l. 11. in fin. l. 12. de hered. pet.*) *vel precario* (titulo alias juſtiore *l. vlt. de preca r. l. 7. §. 4. Comm. diuid.* non juſto ratione implendæ vſucapionis) *poſſedit. Quamuis enim precarium heredem ignorantem* vt heredem *non teneat, nec rectè interdicto* de precario vt heres conueniatur, tamen heres eum vſucapere non poteſt, quem defunctus non potuit propter vitium *ſcientiæ*, fundum eſſe alienum *l. 37. §. 1. l. 38. l. 43. de vſuc. l. 7. §. 17. D. de publician.* tum etiam precarii quod ignorare non potuerit. *d. l. 11.* ac ſi ſcripſiſſet Papinianus, ſi defunctus ſciuerit fundum eſſe alienum, quem poſſidet, vel etſi herede precarium ignorante, apparuerit defunctum precariò poſſediſſe, adhuc heredi non proceſſuram vſucapionem iſtius fundi, propter deficiens hoc caſu exordium bonæ fidei *d. l. 11. in fin.* loco malæ fidei, quâ defunctus poſſidere cœperit, & rem alienam affecerit, ne vel poſtea ab ignorante herede vſucapi poſſit : idque propter vitium ſcientiæ, *fundum fuiſſe alienum*, quam in vtroque caſu defunctus habuerit *l. 37. §. 1. l. 38. de vſuc.* vtpote qui ſciuerit etiam alienum eſſe fundum, quem precario poſſideret. Vitium, inquam, quod heres in omne jus defuncti

ſuccedens ignoratione ſua non potuerit excludere, nedum abolere, *d. l. 11. D. de diuerſ. & temp. praeſcr.* Interpretatio noua, ſed facilis, ſiue vulgatam Lectionem ſequare, veluti *cum ſciens alienum illum illo*, ſiue Florentinam quæ pro *illum* habet *ille*, ſupple, *defunctus*. Tantum abeſt, vt ad explicationes iſtas de herede ſciente & ignorante, quas tueri conantur *D. 76. decad. err. 9.* confugere neceſſe habeamus. Quid ita? precarium in herede rem defuncto precariò conceſſam poſſidente durat, non tam ob perſonam heredis, qui illud ſciat, quàm ex propria heredis perſona, cui Domninus poſt mortem defuncti precarium continuare patiatur *l. 8. §. 2. l. 4. in fin. de prec.* Quod autem heredis ignorantis precarium mentio fiat *in d. l. 11. de diuerſ. temp. pr.* ad augendam dubitandi & decidendi rationem pertinet, vt ſciremus, ſi ignorante herede vſucapio non poſſet procedere, multo minus poſſe, ſciente. Summatim deprauationes ſunt, quas dedêre *D. 76. decad. err. 10.* Remiſſius autem ne loquar, multa faciunt, quæ quàm vellem, tractata eſſent maiori cum cura. Ne indignetur Aduerſarius, ad jungam pauca. Primum ait pro *illum* legi debere *clam* in *d. l. 11.* quoniam loquatur in neutro genere in ſequentibus, ibi, *vſucapere non poterit, quod defunctus non potuit.* Quaſi verò non eâ relatio tolerari poſſit eodem jure, quo

quo vox eum refertur ad caput liberum in definitione tutelæ *l. 1. de Tut.* vox *omnia* ad obligationes *in l. 4. de obl. & Act. conſ.* Mēbran noſtr. *lib. 1. eccl. 27.* item ait, *d. decad.* Cuiacium, dum legit *in d. l. 11.* cum ſciens *alienum vel vi vel precariò poſſedit*, malè coniungere illa ceu duo iniuſtæ poſſeſſionis exempla, poſteaquam precaria poſſeſſio ſit juſta, licet non pergat ad judicii vigorem *l. 7. §. 4. D. Comm. diuid. l. 13. §. 1. D. de publ. in rem.* O me, quaſi verò reſpectu inchoandæ & proceſſuræ vſucapionis, (de qua loquitur tota iſta *l. 11. de diuerſ. & temp. præſcr.*) poſſeſſio precaria non ſit notoriè iniuſta *l. 10. D. Si ſeru. vindic. §. 4. fer. in fin. Inſt. de interdict.* vtpote quæ neceſſariò ſcientiam rei alienæ præſupponat, cum qua proinde (receptâ noſtra explicatione) non immerito *in d. l. 11.* conferatur. Principium vtique eſt, qui animo Domini non poſſidet, eum vſucapere non poſſe. Qui precariò poſſidet, non eo animo poteſt poſſidere *d. l. 13. §. 1.* Ita eſt: juſtè poſſidet in terminis precarii *d. l. 13. §. 1.* extra cauſam precarii ad inchoandam vſucapionem iniuſtè poſſidet *d. l. 13. §. 1.* Vnde & hoc ſenſu extra cauſam precarii ad diuidendum Dominium rei precariò tantum conceſſæ *arg. l. 4. D. Commun. diuid.* iniuſtè prouocat ad vigorem judicii communi diuidundo *juxt. d. l. 7. §. 4. Comm. diuid.* Item ait *d. 76. decad. err. 10.* agi de perſonali vitio in *d. l. 11. de diu. &*

temp.

temp. præſcr. clandeſtinam nempe & precariam poſſeſſionem eſſe vitia perſonalia: violentam verò poſſeſſionem eſſe vitium reale. Quaſi verò defuncti vitium, quo clam vel precariò poſſedit, in vſucapionis materia, de qua loquitur *d. l. 11.* non eodem modo rem adficiat, eique in hæreat & vitium rei adpelletur, & reuera ſit, quo in eadem materia violentiæ, furti, rapti, contra legem Repetundarum donati & contra priuilegium pupillorum alienati vitia realia ſunt & adpelantur *l. 48. in pr. & §. 1. de Acq. rer. Dom. l. 11. §. 2. de publician. in rem. §. 1. §. 2. §. 3. §. 8. Inſt. de vſuc. l. 24. §. 1. l. 4. §. 6. §. 15. §. 16. §. 17. de vſuc. l. vlt. D. v. bon. l. 8. de leg. Iul. Repet.?*

CAP. VIII.

Nullam ciuilem actionem nomine precarij competere. Habitationem & veſtimenta concedi poſſe precariò. Habitatione donatâ donatarium, donec viuat, ab heredibus donatoris fruſtra expelli, explicatis l. 2. 7. l. 32. D. de donat.

MVlta malè ſcribũtur in materia precarii. Quæ omnia ſi detegerẽ, tractatus ferè fieret. perſequar adhuc hæc pauca, vt ex iis cõgnoſcatur, nõ tã fidẽdum eſſe huic auctori, contra quem ſcribimus, quàm videndum, ne ju-

ne juriſprudentia aliquid detrimenti patiatur. Ac quidem primum dici vix poſſit, quàm varius ſit *D. decad. 76. err. 6.* quo ſenſu nulla ciuilis actio nomine precarii dicatur competere *in l. 14. D. de precar. l. 14. §. 11. D. de furt.* cum tamen ſcriptum extet, non ſolùm interdicto nos vti poſſe, ſed etiam præſcriptis verbis actione illa, quæ ex fide bona oriatur *l. 2. §. 2. l. 19. in fin. de precar.* Igitur bene dicetur à nobis, nomine precarii proditam eſſe actionem nullam ciuilem *juxt. Dd. ll.* hoc eſt, nullam propriam *fac. l. 39. §. 1. D. Ad. l. Aquil. l. 6. de Iuſt. & iur. §. 18. Inſt. de Act. l. 1. §. 1. de ſuperfic. l. 3. in fin. D. ſi menſ. falſ. mod.* nullam ſpecialem, quæ proprium habeat nomen *l. 1. D. præſcr. verb.* veluti nullam, quæ legibus ſpecialiter prodita ſit in cauſa precarii *fac. l. 11. D. præſcr. verb.* Actio autem *præſcriptis verbis*, qua & vti licet in cauſa precarii, alio nomine appellatur condictio incerti in *l. 19. §. vlt. D. de precar. l. 8. præſcr. verb.* Hæc verò non eſt actio propria aut ſpecialiter in cauſa precarii legibus prodita, ſed generalis & ex aliis variis cauſis competens *l. 23. D. Comm. diuid. l. 22. C. de donat. l. 3. C. de inut. ſtip. l. 33. D. depoſ. l. 12. D. de Cond. furt.* Quid ergo: Interdictum de precario comparatum eſt vt res reſtituatur in priſtinam cauſam *l. 8. §. 4. de precar.* Ad hunc finem nulla ex precario ciuilis actio eſt prodita, ne quidẽ etiam illa, quæ *præſcriptis verbis*

adpellatur quia ſimile donato precarium eſt *l. 14. §. 11. de furt.* Ceterum hæc quatenus ex fide bona oritur, eſt actio ſubſidiaria, qua pretium poſſeſſionis pro tempore, quo eâ noſtro cum detrimento caruimus, conſequimur, *fac. l. 3. §. fin. D. vti poſſ. d. l. 8. §. 4. de precar.* id eſt, quanti interfuit actoris, ei rem reſtitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum eſt *d. l. 8. §. 4.* Quale intereſt aliud eſt, quàm ipſum precariũ, vt mirum non ſit huius poſſeſſioné oportere ex interdicto peti, illud alia actione etiam poſſe peti. Quid ita? precarium ex interdicto ſi non fuerit reſtitutum in priſtinam cauſam, quanti actoris intereſt, ei rem reſtitui *l. 8. §. 4. de prec.* hoc eſt pretium rei incerti condictione perſequimur *l. 19. in fin de prec.* eo quod incertum poſſeſſionis in eo æſtimandum eſt *arg. l. 3. in fin. D. vti poſſ. l. 12. in fin. de Cond. furt. l. 19. in fin. de precar.* non res ipſa precariò conceſſa. Quæ proinde cauſa etiam eſt, cur, cum quid precariò rogatum eſt, non ſolum interdicto de precariò vti poſſimus in ſuo caſu, ſed etiam in ſuo caſu *præſcriptis verbis actione* illa, quæ ex bona fide oritur *l. 2. §. 2. de precar.* hoc eſt, in qua omnia locum habent, quæ in bonæ fidei judiciis locum habent *juxt. l. 1. de Aeſtim.* Similiter hæret Faber. 77. *decad. err. 7.* vtrum habitatio concedi poſſit præcariò. Immo neque dubitat valde, ſed negat audenter, contra rationem omnem, contra

omnes

omnes leges *conf. l.6.§.2.l.8.§.8. de precar. l. vlt. C. eod.l.32.D.de donat.* Quaſi verò non eodem ſenſu precariò concedi poſſit habitatio, quo commodari *iuxt.l.1.§.1.in fin. D. Commod. l.17. D.præſcr. verb.* Fateor, eos qui gratuitam habitationem accipiunt, ſiue legati titulo *l. 10. de vſu & hab.* ſiue donationis *l. 9. l. 32. de donat.* ſiue alio *§. 5. Inſt. de vſu & hab.* non habitare precariò *l. 15. §. 1. de precar.* Quid tum? talis habitatio gratuita ad vitam conceſſa intelligitur *d. l. 10. §. 3.* ac proinde vtilior eſt, quàm vt, quæ vi donationis tamdiu durabilis eſt, cenſeri debeat precaria, hoc eſt, de momento ad momentum reuocabilis *l. 2. D. de precar.* Quàm ſuaue eſt, habitationem non poſſe concedi precariò, quoniam inſuaue ſit, habitationem, in qua vita noſtra partim conſiſtat, mutare. Quaſi verò de qualibet re precario conceſſa non item hoc dici poſſit, ſi citius, quàm optes, precibus quod à me imperraſti, voluntate juxta naturam precarii mutata reuocem. Quid? veſtimenta ait precariò concedi non poſſe, ne in mea poteſtate futurum eſſet, reuocato ſtatim precario, nuditati te reddere, aut inter medias epulas reliquo prandio arcere. Non fallo: hæc extant *77. decad.err.7. in fin.* Quæ quidem, vt fatear, indigna eſſe, quæ vel à Leguleio ſcribātur, præterire juſtius amarem, quàm imputare tanto viro, niſi habita mei ipſius ratione cogeret

aliquid reponere pro ſimili contumelia in cauſa longè juſtiore, quæ extat *78. decad. err. 1.* In rebus mobilibus precarii rogatio conſiſtit *l. 4. de precar.* quid ni in veſtimentis etiam admitteretur? commodari poſſunt, ergo precariò concedi eorum vſus quid ni poſſit? Si atterantur vtendo, ſibi imputet, qui vti permiſerit. Non nego ſolum deum eſſe, à quo precariam vitam & precarium ſpiritum habeamus. Nego inde concludi magis: veſtimenta non licere precariò concedere, quàm ſi concludas ex Saluiano *1. ad Eccleſ. not.* Goth. *ad l. 14. de precar.* quandoquidem *commodatis à Deo facultatibus vtamur & quaſi precarii earum poſſeſſores ſimus*, ideò nullas facultates & per conſequens nulla veſtimenta à nobis precariò concedi poſſe. O rigidum juris ſtricti ſatellitem, non boni & æqui ſacerdotem, qui in prandio, mediaſue inter epulas veſtimenti precariò conceſſi reuocationē exſequi poſſe quem ferat, aut metuat. Non oportet jus Ciuile calumniari, neque verba captari *l. 19. D. Ad exhib.* Aliud ſiquidem eſt precarium reuocare: aliud reuocationem iſtam exſequi. In prandio mediaſue inter epulas reuocare precarium licet. Opportuno autem loco & tempore exſequenda reſtitutio eſt, ſicuti quæuis facienda ſolutio *l. 32. de vſur. l. 39. de Solut.* Immo vt eò relabar, vnde digreſſus ſum, puto eum, cui gratuita habitatio conceſſa

ceſſa eſt, eam alii poſſe precariò concedere, idque propter rerum vtilitatem eam, ex qua inductum ſit, vt locare eam poſſit *fac. §. 5. Inſt. de vſu. & hab.* Tantum abeſt, vt Dominus, qui ſum mearum ædium, alicui vſum earum precariò concedere prohiberi poſſim. Qui negat habitationem poſſe precariò concedi, negat Domum poſſe precariò concedi *l. 8. §. 1. D. Ad. l. Iul. de Adult. l. 1. § .2. D. de Aleat. l. 1. §. 5. de damn. infect. l. 1. §. 9. de his qui deiec.* Ecqua fronte aut qua demum ex lege, contra *l. d. l. 32. de donat. l. 8. § .8. l. 17. de precar. l. vlt. C. eod?* Quod autẽ arbitratur *77. dec. err. 8.* ideo permiſſum eſſe heredibus donatoris mutare uoluntatem *in d. l. 32.* eò quòd eius rei donatio ibi facta proponatur, cuius Dominium in donatarium non tranſlatum eſſet, ſed penes donatorem manſiſſet, non iterum intelligo, quemadmodum ſalua iuriſprudẽtia intelligi queat, *conf. l. 163. de Reg. jur.* poſteaquam hæc nos doceat, donari non poſſe, niſi quod eius fiat, cui donatur *l. 9. in fin. D. de donat.* Cui habitatio gratuita donata eſt, Dominium ædium ei donatum non eſt, & tamẽ habitatio fit eius, cui donata, & eo modo, quo tradi poteſt, tradita eſt *l. 9. de donat.* ac tã validè, vt donator, quoad donatarius vixerit, eã reuocare non poſſit, *l. 10. § .3. D. de vſu & hab* & per conſequens non etiam donatoris heredes *l. 27. de donat.* ſiue nuda fuerit donatio, quæ mera

citraque alicuius cauſæ intuitum liberalitas eſt,ſiue donatio remuneratoria. Quid audio? poſſeſſione habitationis ſuæ *in d.l.27.de donat.* expulſum Nicoſtratum, ait neque interdicto neque actione vlla indigere, ſed cognitionem prætoris extraordinariam implorare poſſe, cui ſcilicet locus ſit, quoties agitur de mercede præſtanda præceptoribus ſtudiorum liberalium, in quo numero Rhetores primi contineantur *l. 1. in princ. de extraord. cogn.* Nondum in melius quæ ita efferuntur. Aut quæ prudentia iſta contra prudentes? Nicoſtrato Regulus habitationē in cœnaculo donarat & tradiderat eo modo, quo ſolet & poteſt tale jus tradi. Nicoſtratus eo ſuo jure donationis titulo vſus erat viuente Regulo: poſt mortem Reguli ab heredibus Nicoſtratus expulſus eſt, *juxt. d. l. 27. de donat.* Quid auxilii? ſcilicet non reſtituendum eum Aduerſarius opinatur in poſſeſſionem donatæ habitationis in cœnaculo, ſed eundum ad prætorem, apud eum jus per donationem adquiſitum eſſe ei deferendum, mercedemque præceptoribus & Rhetoribus (Rhetor namque & præceptor Reguli fuerat Nicoſtratus) quæ deberetur exigendam. Atqui non agitur de mercede Nicoſtrato à prætore conſtituenda,ſed à Regulo ſoluta *in d.l. 27. de donat.* Atqui non agitur de Nicoſtrato in poſſeſſione habitationis ad vitam ſibi donatæ

exiſtente,

exiſtente, ſed poſſeſſione ſua ab heredibus Reguli expulſo, *in d.l.27.* vtique igitur Interdicto indiget ad qualem qualem poſſeſſionem, quam habuit recuperandum, ne jus donatione & traditione ab eo, quem inſtituit, adquiſitum, præceptori heredibus eius, quem inſtituit, auferatur temere, aut vnde cogeretur jus adquiſitũ deſerere? cognitionẽ prætoriam *iuxt. l. 1. de extr. cogn.* implorare, eſt mercedem nouam rogare; deſerere eam, quæ ſolemmiter data ſemel. Ad vitam namq; habitatio in cœnaculo pro mercede Nicoſtrato vi donationis à Regulo factæ traditioneque confirmatæ *in d.l.27.* donata erat *l. 10. §. de vſu. & hab.* idque confirmatur, dum donatarius *in d.l.27.* cum fructuario comparatur. Atqui durante vſufructuarii vitâ durat vſusfructus vſufructuarii. Eaque occaſione Nicoſtrato poſſeſſione ſua ſuæ habitationis expulſo adcommodatur *in d. l. 27. de donat.* interdicti remedium, ad exẽplũ interdicti, quod fructuario, qui expulſus fuerit ſui ſui vſusfructus poſſeſſione, proponitur. Neq; jure id obſcuro: fructuario namque, ſi prohibeatur vti frui vſufructu fundi, neceſſarium eſt interdictum *vnde vi,* quò expulſus reſtituatur *l. 3. §. 13. & 14. D. de vi & vi armat:* Faciliſque profectò explicatio eſt, ab Accurſio ceteriſque approbata rectiſsimè. Reſilit vnus ille noſter *77. decad. err. 10.* putatque quæſtionem eſſe

de habitatione, in cuius poſſeſsione exiſtat Nicoſtratus *in d. l. 27.* ideoque interdicto indigeat non tam recuperandæ poſſeſsionis, quàm retinendæ. Interdicto *vnde vi* recuperari poſſeſsionem, non retineri. Mouetur, quaſi Papinianus ſcripſerit, Nicoſtratum, ceu qui loco poſſeſſoris conſtitutus ſit, defendendum in ſua illa quaſi poſſeſsione, quam nondum amiſerit. Quod non eſt ita. Siquidem de Nicoſtrato expulſo loquatur *in d.l.27.* Expulſus autem & deiectus alius eſt ab eo, qui in ſua poſſeſsione perſeueret, eamque vt retineat tueri magis laboret quàm recuperare eam, qua nondum ſit deſtitutus *l. 1. §. 28. de vi & vi arm.* Sed expulſus dicitur Nicoſtratus *in d.l.27.* vel quia vi deiectus eſſet, vel non admiſſus, cum ex cœnaculo exiſſet, habitationis non deſerendæ cauſa *l. 3. §. 14. D. de vi & vi armat.* Tum etiam defendi poſſeſſio dicitur, cuius recuperandæ ſtudio laboratur. Ergo rectiſſimè interdictum *Vnde vi*, quod fructuario in tali talis expulſionis caſu datur *d.l.3.§.13.* donatario quaſi loco poſſeſſoris cõſtituto adcõmodatur. *in d. l. 27.* Quamuis de non expulſo donatario etſi ageretur *in d. l.27.* nõ eò minus rectè, ſubiiceretur, ei ſuccurrẽdũ eſſe interdicto ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur eo caſu, videlicet vti poſſidetis *l. fin. vti poſſ.* Explicatio, quâ nõ obſeruatâ, ad nõ neceſſariam denuò depravatio nem

nem Aduerſarium prolapſum video *77. decad. err. 10.* ſubſtitutâ lectione alia, nimirum pro *fructuario* dum *in d.l.27.* legendum putat *ſuperficiario.* Lectio de qua gloriari non dubitat *d.loc. nec veriorem ant elegantiorem vllam emendationem à ſe traditam eſſe.* Si non voluit, debuiſſet dicere, nullam ineptiorem aut minus neceſſariam. Aut quæ ſuperficiarii & eius, cui habitatio in cœnaculo donata, inſtitui poſſit comparatio? Habitatio Magiſtro ſuo pro mercede donata durat durante donatarii vita. Ius ſuperficiarium ad tempus, prout ei lex dicta, in perpetuum nempe, aut in tempus longum modicumue. Habitatio donata ſine ſalario eſt, jus ſuperficiei annuo ex ſalario cognoſcitur. Item in hoc vtile Dominium transfertur, retento Dominio directo, Goth. *ad. Rubr. de ſuperf.* non item per donationem habitationis. Superficiarius cum conductore, colono, inquilino emphyteutico comparatur: Donatarius, cui habitatio donata, vſuario ſimilior eſt, aut fructario. Vſuarius & fructuarius jus aliquod poſſeſſionemque ipſius ſoli & proinde proprium *vti poſſidetis* Interdictum habent *l. fin. D. vti poſſ.* Quod ſecus eſt in ſuperficiario *l. 1. §. 2. de ſuperfic.* vtpote cui non jus ſoli vel poſſeſſio ſed ſolius nudæ ſuperficiei competat, Petr. Frider. Mindan. *de interdict. tit. 8. num. 15.* Superficiarius in rem actionem habet *l. 1. §. 6. de ſuperfic.* non

item is, cui donata habitatio. Summatim nihil remotius eſt, quàm donatarium, qui fructuario & vſuario ſimilior eſt, ideoque cum iis comparetur *in l. 27. de don.* ſimilem facere ſuperficiario, cuius nulla iſthic mentio Adeòque hîc deſinerem, ait, *D. 77. dec. err. 4. in fin. & 10.* in Interdictis judicem eſſe ipſum juſdicentem, & econtra, eoquòd interdicta non jure ordinario quondam expedirentur ſed cognitione prætoria. Manifeſtus iterum error. Quinimo interdicta juris ordinarii fuerunt quoad judicis vel judicii dationem, cum conſtet, quod prætor in iis judicem plerumque dederit, eoque reſpectu paſſim in Interdictis judicium ſe daturum polliceatur *l. 1. in princ. de vi & vi arm. l. 1. vti poſſ. l. 1. de ſuperf. conſ. l. 1. §. neceſſariò. Si vent. in poſſ. l. 3. C. de Interdict. §. fin. Inſt. de Interdict. l. 1. de damn. inf. l. 4. §. 1. de off. eius cui mand. juriſd. l. 8. l. 9. de off. præſ.* judiciſque offico in Interdictis quam plurima celebrentur *vid. l. 7. §. 3. in fin. Quod vi aut clam. l. 5. de Interdict. l. 15. §. 9. Quod vi aut clam. d. l. 15. §. 7. l. 21. D. tit. l. 27. in fin. de donat. vid.* Petr. Frider. Mindan. *de Interdict. comm. 1. num. 51. 52. 53. 54. 55. 56.* Math. Hubner. *in comment. de different. jur. num. 434.* Verùm iſta hactenus ad illuſtrationem *l. 27. de donat.* Alia verò facti ſpecies eſt *in l. 32. eod. tit.* Siquidem ibi hoſpitii vſus in ſuperioribus diætis omnibus cui, quam

diu

diu voluerit, gratuitò conceditur ex concedentis voluntate, ſeu (quod idem eſt) quamdiu is, qui conceſſit, volet, fieri non poſſit, vt non precaria habitatio ei conceſſa cenſeatur, cum ea & non alia ſit precarii natura *l. 2. §. 1. de precar. l. 4. D. locat.* Plane vt mirum non ſit, ab heredibus concedentis habitationem potuiſſe reuocari *in d. l. 32.* quæ morte eius, qui precariò eam conceſſerat, jam erat extincta *d. l. 4. D. locat.* quamque ipſe defunctus quouis momento reuocare potuiſſet, ſi inter viuos eſſe non deſiiſſet. Heredes ſuccedunt in jus defuncti. Ac ita, niſi fallor, bene dixi, quæ dixi & olim ad *d. l. 32.* plura cui bono ſubiicerem? profligaui errores iſta profectò cenſura non indignos. Aut quæ tandem erit juriſprudentia, ſi iſta erit? concludit Papinianus *in l. 27. de don.* Nicoſtratum ſuâ ſuæ habitationis poſſeſſione expulſus ad judicem veniat, defendendum eſſe ad exemplum Interdicti, quod fructuario proponitur. Quid ergo? eius rationis non illam vim eſſe credunt *77. decad. err. 8. fer in fin.* vt Papinianus probare velit in ea ſpecie valere donationem. Quaſi verò ſi non valeret, ad exemplum Interdicti, quod fructuario competit interdicto defendi mereretur *juxt. d. l. 27.* valet non minus, quod vtili actione expeditur, quàm quod directa *l. 47. §. 1. de negot. geſt.* Interdictum actionis verbo continetur

l. 37.

l. 37. de obl. & act. §. *fin. Inſt. de Interdict.* Cum quis aliquem à latrunculis vel hoſtibus eripuit, & aliquid pro eo accipiat: hæc donatio irreuocabilis eſt *l. 34.* §. *1. D. de donat.* ſimiliter donatio officium magiſtri remunerans longioris temporis interpretationem admittit, quàm quæ cum vita donatoris expiret, *juxt. d. l. 27.* non certè, vt ſimplex donatio durante tantùm donatoris vita duret, non vltra: remuneratoria diutius viuat, Donatio eſt donatio ſiue remuneratoria, ſiue ſimplex modò quæ perfecta; eandem vtraque hodie tradendi in ſe habet neceſſitatem: idem vtraque Dominum traditione transfert, idem vtraque jus quaſi traditione, veluti ſi habitatio donata fuerit.

CAP. IX.

De Actione ex Edicto de eo, per quem factum erit, quo minus quis ſiſtat ex qua natura in heredem non vltra annum, & de eo, quod peruenit, detur.

TRibutoriæ actioni ſimilé eſſe actionem ex Edicto *de eo, per quem factum erit quo minus quis in judicio ſiſtat* malè ſcriptum eſt *76. decad. err. 7.* Tributoria namque actio non eſt actio de dolo *l. 8. de Trib. act.* aut ex delicto:

eſt actio rei perſecutoria ex contractu & perpetua *l. 7. in fin. d. l. 8. D. tit.* vid. ſupr. *libr. 2. c. 5.* Actio verò iſta ex Edicto *de eo, per quem,* eſt actio concepta in dolum *fac. l. 1. in princ. de eo per quem fact.* proinde ex delicto *d. l. 1. §. 2.* pœnæ nomine introducta *d. l. 1. §. 4.* annalis *d. l. 1. §. 6.* Quid ergo? tributoriæ eam eſſe volunt ſimilem *D. loc.* quòd ſicuti tributoria detur, vt dolus in diſtribuendo commiſſus coërceatur: ita hæc actio, licet in id, quod actoris intereſt ſiſti, detur, nõ alio tamen fine detur, quàm vt dolus coërceatur eius, qui ſiſti impediit. Omnia malè. Nam in tributoria ex dolo incidenter, ex contractu principaliter diſtributio promouetur *vid. ſupr. c. 5.* In hac actione id, quod intereſt, petitur & ſoluitur, non quòd ſit pœna aut pœnæ loco *vid. ſupr. lib. 1. c. 17.* Sed ipſa actio eſt in dolum concepta, pœnæque nomine introducta *fac. l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. auth. jud. poſſ.* poſtremò tributoriam huic actioni. Aduerſarius *D. loc.* comparat in eo, quòd Tributoria heredi detur, hæc etiam heredi detur. Minus plenè. Tributoria vtique perpetuò datur heredi *l. 7. in fin. l. 8. de Trib.* hæc actio intra annum heredi datur *l. 1. §. 6. de eo per. quem fact.* eodem modo quo actio in dolum concepta & pœnæ nomine introducta *d. l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. §. fin. de Reb. auth. jud. poſſ. vid. ſupr. libr. 1. c. 16. & 17.*

Ita

Ita eſt: actio tributoria datur de eo, quod ad heredem peruenit *d. l. 7. in fin.* ſed ex natura peculii, *vid. ſupr. c. 5.* hæc actio intra annum eatenus datur ex natura actionis ad puniendum dolum comparatæ. non datur poſt annum, quoniam prætoria & pœnæ nomine introducta ſit *l. 35. de obl. & Act: l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. Auth. jud. poſſ.* Quid? Aduerſarius noſter putat ideo aduerſus heredem poſt annum eam non dari, quoniam pœnalis ſit. Minus plenè. Poſt annum non datur, quoniam prætoria & pœnalibus adæquata ſit actio *l. 35. de obl. & Act. l. 9. §. 1. D. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. auth. jud. poſſ.* Actio ſiquidem pœnalis pœnam perſequitur, non meram veritatem. Actio pœnæ nomine, veluti in dolum quæ concepta, non pœnam ſed veritatem perſequitur *l. 7. §. 1. D. Quod falſ. tut.* Ergo hæc vi ipſa eſt rei perſecutoria, formula & nomine tenus pœnalibus adæquata *vid. ſupr. lib. 1. c. 16. & 17.* Quoniam verò rei perſecutione non deſtituatur, ideo intra annum de eo, quod peruenit aduerſus heredem dari poteſt *d. l. 1. §. 6. de eo per.* Aliter quàm ſi merè pœnalis eſſet *vid. ſupr. libr. 1. c. 16.* Neque refert, quòd poſt annum æquè iniquum ſit, eum, qui Reum judicio ſiſti impedierit, ex dolo ſuo aliquid lucrari. Sibi actor imputet, quòd eam in judicium ſtatim non deduxerit, vt litis conteſtatione fieret perpe-

tua

tua *l.26.de obl.& Act.* vigilantibus jus ſcriptum eſt, non negligentibus. Actor in ſua poteſtate habet, quando vti velit ſuo jure. Is autem, cum quo agitur, non habet poteſtatẽ, quando conueniatur, *fac. l. 5. in fin. de dol. mal. & met. exc.*

Cap. X.

Actiones in factum ex Edictis, Ne vis fiat ei, & de vi, quatenus aduerſus heredem dari non prohibeantur.

INterdictum *Ne vis fiat ei*, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, ſummâ prouidentiâ Prætor propoſuit. Fruſtra enim in poſſeſſionem mitteret rei ſeruandæ cauſa, niſi miſſos tueretur, & prohibentes venire in poſſeſſionem hac in factum actione coërceret, ne vis fiat ei, qui miſſus eſt. *l.1. §.1.& 2.D.Ne vis fiat ei.* Actione, inquam, in factum, cuius ferè vnicè fit mentio *in hoc tit.* propter vſitatam interdicendi formulam, *vim fieri veto & c.* hîc omiſſam *d. l. 1. in princ.* quamuis tacitè ei inſit, *vid.* petr. Frider. Mindan. *de interdict. tit.9.* Sic namque econtra *interdictum* pro *in factum actione iſta* legitur *in l.7.§.5.D.Commun.diu.* quæ in interdicto *vnde vi* poſt annum competit *l. 1. in pr.l. 3.§. 1. de vi & vi arm.* de eo, quod ad eum, qui

vi

vi deiecit, peruenit *l. 4. D. de Interdict. d. l. 1. in pr. l. 3. §. 12. de vi & vi arm.* Vltra vero *d. l. 7. §. 5. comm. diuid.* non accipi, probabile fit ex eo, quòd dum alter poſſeſſor prouocet ad iudicium *communi diuidundo in d. l. 7. §. 5.* vi non dici poſſit poſſidere, niſi quod vi ad eum peruenerit. Studioſè quod noto, ne antinomia temere admittatur cum fridero *D. int. com. 8. 11.* Continet autem hæc actio vtilitatem actoris, vt quantum eius intereſt, habere poſſeſſionem, tantum is, qui prohibuit, ei condemnetur *l. 1. in princ. & §. 5. D. hoc tit.* non ſupra vtilitatem, aut id quod intereſt, vt Arn. ab Haerſolte exiſtimaſſe videtur *in Aduerſar. Act. hoc tit.* ſed talem vtilitatem, ſeu tale poſſeſſorium intereſt, quod etiam aliàs, *Quanti ea res* erit, ob quam in poſſeſſionem miſſus erit, deſcribitur *d. l. 1. §. 5. hoc tit.* vt cognoſcamus ad ſoluendum poſſeſſionis pretium in hoc interdicto concludi, non ad pretium rei. Inter quæ pretia notiſſimum ſit diſcrimen *l. 11. §. fin. D. vti poſſid.* At enimuero pretium poſſeſſionis non eſt pœna: hæc *in factum* actio eſt pœnalis *l. 1. §. 8. hoc tit.* Vnde igitur pœna cognoſcetur quæ in hoc Interdicto verſatur, & à qua pœnalis adpellatur? Hunc nodum vt Interpretes ſoluant, plerumque ſequuntur Duarenum *in comm. ad hunc tit. &* Oldendorpium *2. claſſ. Act. 5.* dum ſcribunt hanc actionem reſpectu perſequentis, eſſe

rei

rei perſecutoriam; reſpectu Rei conuenti pœnalem. addito ex *Bartholo* exemplo, veluti ſi ponamus agi aduerſus impedientem vel repellentem, qui non ſit debitor, & ad quem nihil peruenerit ex prohibitione, huic eſſe pœnam, quicquid ſoluerit. Verum enimuerò hæc opinio à nobis jam ſupra eſt reiecta *lib. 1. c. 16. & 17.* Quid ergo? rectius noſter Aduerſarius *76. decad. err. 7.* hanc actionem eſſe pœnalem odoratus eſt, eo quod expreſſè in dolum concepta ſit, eiuſque nomine factum puniens non re *l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. auth. jud.* Rectius, inquam, quàm vt eſſet partim pœnæ, partim rei perſecutoria. Ante quod ſenſerat 4. *coniect. 19.* ſi credimus Treutlero 2. *vol. diſp. 25. th. 3.* Quid ita? hæc *in factum* actio rei perſecutoria eſt vi ipſa; quandoquidem non pœnam ſed veritatem perſequatur *l. 1. §. 5. hoc tit. l. 7. §. 1. D. Quod falſ. tut.* Interim pœnæ nomine quoniam introducta ſit, in factum ſeu dolum conceptaque *l. 1. in princ. hoc tit.* non immeritò pœnalis eſſe perhibetur. *d. l. 1. §. 8. D. Ne vis fiat.* Neque, ne fruſtra videar pronuntiaſſe, hanc in factum actionem dici in *dolum* conceptam actionẽ, adducendus eſt locus, in quo hæc in factum actio appellatur actio doli. Sic enim Vlpianus: *Siue rei ſeruandæ cauſa ſiue legatorum aut ventris nomine in poſſeſſionem miſſi fuerint, habent ex hoc Edicto in factum actionem* ſiue doli,

ſiue aliter prohibuerint. *l. 1. §. 2. hoc tit.* veluti per vim. Quamuis enim non exigatur, vt per vim fecerit qui prohibuit *d. l. 1. §. 3. hoc tit.* modò dolo malo fecerit *d. l. 1. in princ.* Tamen ea ſententia recta eſt, eos, qui rei ſeruandæ causâ aut legatorum aut ventris nomine in poſſeſſionem miſſi fuerint, eos habere ex hoc Edicto in *factum* ſiue doli actionem, ſiue aliter, non mero videlicet dolo, ſed & adhibita vi prohibuerint. Sententia, quam non adſecuti ſunt ii, qui legere maluerunt iſto loco, *ſiue dolo* ſiue aliter prohibuerint. Quaſi verò hæc actio competere poſſit contra prohibentem ſine dolo veluti *in l. 1. §. 36. de vi & vi arm.* Aliud docere nos poteſt conceptio Edicti, quæ relata in *l. 1. in princ. hoc tit.* niſi adhibito alio colore dicamus, hanc in *factum* actionem eos, qui ex ſupraſcriptis cauſis in poſſeſſionem miſſi ſunt, habere generaliter contra prohibentes, ſiue *dolo* ſcilicet mero, ſiue dolo & *aliter*, veluti adhibitâ vi cui dolus inſit, prohibuerint. Quicquid ſit, hæc ſententia ferri poteſt. Illa verò, quæ ſubſtitueretur, admiſſa Aduerſarii mutatione *76. decad. err. 7.* dum in *d. l. 1. §. 1. Ne vis fiat ei* ex vulgato Haloandri codice *vid.* Goth. *ad d. l. 1. §. 2.* non inuentione ſua, reponit, *ſiue Dominus, ſiue alii prohibuerint* pro eo, quod vulgò legitur, *ſiue aliter prohibuerint*, intolerabilis eſt, poſteaquam contra Dominum,

num, qui in poſſeſſionem miſſos in poſſeſſione eſſe prohibuerit, iſtam in factum actionem concedi ſit falſiſſimum *d.l.1.§.4.D.tit.* aut ſaltem ita cenſeo. Quamuis non ignorem Jacob. Menochium eâdem tertione deceptum. *1.retin. poſſ. remed. num. 60.* Similis in Aduerſario negligentia eſt, in nobis inſcitia eſſet, non ſcire, cur Vlpianus ſcripſerit, actionem *in factum* ex Edicto *de vi*, quæ aduerſus hæredes ceteroſq; ſucceſſores pertinet, perpetuò competere, quia rei perſecutionem contineat *l.3.§.1. de vi & vi arm.* Quid enim commune habet (verba ſunt *76. decad.err.7.*) hæc ratio cum dicto? Quandoquidem etiam pœnales actiones detur in herede de eo, quod peruenit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, prout conſtare præſupponit inter omnes ex *l.38. de Reg.jur.* aliiſque innumeris locis. Hæc non affabrè. Honoraria omnis actio ex delicto propterea eſt perpetua, quia rei habeat perſecutionem, & econtrà honoraria omnis actio ex delicto, quæ rei perſecutionem habet eſt perpetua *l.35. de obl. & Act.* Quocirca cum dicto non ſolum optimè quadrat hæc ratio *conf.* Goth. *ad.d.l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* ſed paſſim redditur, cur actio honoraria ex delicto, ſit perpetua, *conf. l.21. in fin. D. Rer. Amot. l.19. Quod met. cauſ. l.28. in fin. de dol. l. 35. de obl. & Act. l. 3. §. 1. ib.* Goth. *de vi & vi arm. l. 4. Si. menſ. falſ. mod. l. 7. in fin. l. ſeq. de*

Q 2 *Trib.*

Trib. act. l. 20. §. 6. de op. nou. nunt. neque aliàs tam expreſsè exciperentur actio furti manifeſti, *in tit. Inſt. de perp. & temp. act.* & actio arborum furtim cæſarum *l. 7. §. 6. D. Arb. furt: cæſ.* Sedenim iterum moneo, vt poſthac diſtinguatur ſedulò inter actiones mixtas, & merè pœnales. Illæ ſiquidem etſi pœnales principaliter dicantur *l. 23. §. 8. Ad l. Aquil.* quia tamen rei perſecutione quoque non deſtituantur, habent, in quo eſſe poſſint, & manere perpetuæ *d. l. 19. Quod met. cauſ. l. 1. §. 22. de Tut. & rat. diſtr.* Hæ verò rei perſecutione quia prorſus deſtituantur, nihil habent, cuius reſpectu conueniret eas eſſe perpetuas, tamen etſi poſſent aut expediret eſſe perpetuas, quod ſecus eſt *vid. ſupr. libr. 1. c. 12.* Sic Faber quod innumeris locis probari adſerit, nimirum merè pœnales actiones etiam dari de eo, quod ad heredem peruenit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, ego nullis locis probari poſſe etiamnum ſtatuo. *vid. ſupr. libr. 1. c. 14.* Quod ipſum igitur ſi ita eſt, cernimus ſatis, quàm intolerabilis ſit mutatio *in d. l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* quam Aduerſarius facere non dubitauit *D. 76. decad. err. 7.* contra fidem omnium exemplarium, ſine vlla neceſſitate, dum pro, *aduerſus* reponi ſuadet *ad*, ac ſi ita ſcriptu eſſe præſtet. *Hæc actio, quæ ad heredem cæteroſque ſucceſſores pertinet, perpetuò competit, quia in ea rei perſecutio continetur.*

Quaſi

Quaſi verò & hæc dictio *ad* non poſſit accipi pro *aduerſus*, *vid. l. 26. D. de obl. & Act. l. 14. de public. & vect. §. vlt. Inſt. de perp. & temp. act.* Verùm vt bene dixi, mutatio iſta non eſt neceſſaria, aut cur non eodem labore mutemus *l. 7. §. fin. l. 8. de Trib. act. l. 19. Quod Met. cauſ. l. 28. & 29. de dol. l. 21. in fin. D. Rer. Am. l. 4. Si menſ. falſ. mod. dix. l. 20. §. 16. de nou. op. nunt.* Vtpotè in quibus eadem reddatur ratio, nimirum ideo actiones iſtas vtut honorarias eſſe perpetuas, quia rei perſecutionem contineant, *juxt. l. 35. de obl. & Act.* Adhuc ait 76. *decad. err.* 6. ex maleficiis pœnales actiones *in heredes non dari*, ſcilicet, *in ſolidum*. Nam quin dari debeant de eo, quod peruenit ad heredem, dubitare neminem, vt turpe lucrum ei extorqueatur *l. 35. de obl. & Act. l. 5. de Calumn. l. 1. §. vlt l. 2. D. Vnde vi & alibi paſſim.* Non reponam, quæ ſemel poſita, cum apparatu explicaui *d. l. 35. ſupr. libr. 1. c. 12. & 13. de Calumniatoribus* declaram, & ab *in factum* actione in ſimplum ei ſubſidiaria ſeparaui *D. libr. 1. c. 13.* Iterum dicò ſiue actio *de Calumniatoribus* diſtinguatur ab actione *in factum juxt. text. expr. in l. 5. in fin. de Calumn.* ſiue tota ſit *in factum* & vna actio, quæ intra annum in Quadruplum & poſt annum in ſimplum competat *juxt. l. 1. de Calumn.* id, quod nec tam malè dici quoque conceſſerim in *l. 9. in fin. & l. 10. de Reb. auth. jud. poſſ.* eodem modo,

quo *Metus* actio intra annum ad quadruplum vſque pœnalis eſt, poſt annum ſimpli perſecutoria *l. 14. §. 1. D. Quod met.* ſufficere, quod actio de *Calumniatoribus* non ſit merè pœnalis, ſed in tantum rei perſecutoria, vt natura eius non refragetur quò minus aduerſus heredem de eo, quod ad eum peruenit, dari tutò & poſſit & debuerit *vid. ſupr. lib. 1. c. 15.* Neque magis probat *l. 1. in fin. l. 2. vnde vi* quod Aduerſarius inde probare nititur. Præterquam quòd in Pandectis talem *Tituli* inſcriptionem extare non viderit. Vidit (ita credo) notari à Gothofredo *Rubricam de Vi & vi armat.* tegi in melius, *Vnde vi & de vi armat, arg. §. 6. Inſt. de Interdict. l. 2. § vlt D. de Interdict. conf. l. 6. l. 16. de vi & vi arm.* Receptos ego codices, ſubſtantiâ præſertim rei non læsâ, non muto. Quid ergo? an intelligit Rubricam *de vi & vi arm.?* an verò Rubricam *ne vis fiat ei?* puto *de vi & vi arm.* propter *l. 2.* quæ *in Titul. Ne vis fiat ei* tale quid non comprobet. Sedenim de actione *in factum* Interdicto *de vi* ſubſidiaria agitur *in. d. l. 1. §. vlt. & l. 2. de vi & vi arm.* Hæc vtut inſit interdicto & econtrà, *in princ. ſupr. hoc cap.* tamen propriè differt ab ipſo interdicto *vid. ſupr. libr. 1. c. 13.* reique merè perſecutoria eſt, nedum pœnalis aut pœnæ nomine in dolum concepta, prout perperam Aduerſarius exiſtimat. Ergo non mirum: eam aduerſus heredem competere de eo,

quod

quod ad eum peruenit, *iuxt. d. l. 1. in fin. l. 2. de vi & vi arm.* maxime cum, vt ait Paulus: *Ex quibus cauſis annua interdicta ſunt ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur peruenit, poſt annum iudicium* (in factum) *dandum* idque Sabinum reſpondiſſe; judicium, inquam, *l. 4. de interd. & extraord.* quod & interdictum appellatur *in l. 3. §. 12. de vi & vi arm. l. 20. §. 8. de nou. op. nunt. l. 7. §. 5. D. comm. diuid. conf.* Franc. dauydargent. *in not. ſelect. c. Quand. fin. int. vnde vi.*

CAP. XI.

De natura interdictorum vnde vi & de Tabulis exhibendis, an & quatenus contra heredes competant.

INterdicto *vnde vi l. 1. §. 42. de vi & vi arm.* vis atrox coërcetur *d. l. 1. §. 3.* reſtitutione rei cum fructibus, & eo, quod intereſt *d. l. 1. §. 34. §. 35. §. 41. de vi & vi arm.* non quòd huiuſcemodi intereſt ſit, pœna *vid. ſupr. libr. 1. c. vlt.* ſed quòd interdictum hoc atrocitatem facinoris in ſe habeat, ideoque pœnæ nomine introducta. Adeò vt infamiæ non omnino ſit expers *d. l. 1. §. 43. D. tit.* extra infamiam juris *l. 13. de vi & vi arm. l. 32. de pœn.* Quæ porro ratio eſt, quòd, cum etiam prætorium ſit, intra an-

num ſolummodo competat hocinterdictum *l.35.de obl.& act.in princ.Inſt.de perp.& temp.act.* nec vſpiam ſcriptum ſit intra annum aduerſus heredem de eo, quod ad eum peruenit competere, poſt annum eatenus tam contra eum, qui vi deiecit, quàm contra eius heredem actione *in factum* ſubſtitutâ *l.1.in princ.& §.39.§.43.D.tit.vid.*Petr.Barboſ.*ad l. ſi filiusf.15. de judic.num.161.* Sanè præſtat, hæc ita intelligantur, quàm vt cum Petr. Fridero *de interd. comm. 10. num. 10.* ſtatuamus abuſiuè & illam actionem pœnalem dici, quâ Reus ratione doli vel contumaciæ in intereſſe tenetur & condemnatur *l.12.de nou.op.nunt.l.1.§.5. Ne vis fiat ei.* Non eſt iſta. In interdicto de *Tabulis exhibendis* condemnatio, quanti interfuit, æſtimari debet *l.3. §.11. de Tab. exhib.* non certe vt illud intereſt ſit vel verè vel abuſiuè pœna. Quandoquidem æſtimatio ad ipſam rem, quæ vi tabularum, quarum exhibitio vrgetur impetrari poteſt, *vlt. de Tab. exh.* referenda ſit *d.l.3.§.12. de Tab. exhib.* Qualis profectò æſtimatio eſt rei ipſius, quæ tabulis exhibendis continetur, repræſentatio, non pœna aut pœnæ figura. Cæteroquin, quòd ſi pœna eſſet, aut pœnæ ſpecies, ſoluta æſtimatione, res ipſa adhuc peti poſſet, *fac.l.7.de Cond. furt.* Id quod ſecus eſt in hoc interdicto *l.3.§.15. de Tab. exhib.* Tum etiam æſtimatio iſta, ſi foret pœna, pœnale foret interdictum hoc, & per conſe-

conſequens annale *l.35. de obl. & Act. vid. ſupr. lib. 1. c. 17.* Quod etiam ſecus eſt *d. l. 3. §. 16. de Tab. exhib.* vtut alia mens Cuiacio, cui ſatisfacimus *infr. c. 15.* Ergo errant grauiter, qui ſcribere auſi *4. coniect. 19.* actionem, quæ ex hoc interdicto datur, licet ad id, quod intereſt, competat, tamen omnino pœnalem eſſe, quoniam in ea id, quod intereſt, non ex veritate æſtimatur, *ſed ex quantitate in judicium deducta id eſt, inſpecto eo duntaxat, quantum petatur, non an id, quod petitur, debeatur. Quid enim ſi heredes* inquiunt, *qui tabularum exhibitionem poſtulat, hereditatē petat, quæ ad ſe non pertineat? Quid ſi legatarius petat legatum, quod ſub condictione relictum eſt, & cuius condicio nondum extiterit? lex,* inquiunt, *vult perinde* condemnari *eum, qui tabulas non exhibet, ac ſi hereditas ad actorem pertineret, aut legatum ei purè relictum eſſet, adeo vt neque de reſtituendo legato deficiente conditione cauere teneatur, quia, vt Vlpianus* loquitur *in l. 3. §. 14. de Tab. exh. hæc pœna contumaciæ præſtetur ab eo, qui non exhibet.* Quàm vellem ante obitum auctoris & hæc & alia emendarentur ne ſilentum, quo iſta & ſimilia teruntur, noſtró ſeculo fraudi ſit in viro tanto. Scio, errata ſunt juuentutis. Aut quæ quæſò in iis juris ſententia? nam actiones aliquas eſſe, in quibus inſpecto eo duntaxat, quantum petatur, non an id, quod petitur, debeatur, condemnatio fiat, inauditus plane

 error

error eſt: aut vbi vſpiam tales actiones? Audi me vir ingenioſiſſime, ſi eſſent, Barbaræ eſſent, non dignæ, quibus ratio Romana & Germana permitteret, ſine notoria juſtitiæ diminutione, vt vterentur. præclarè Vlpianus *poſt edictum*, inquit, *peremptorium impetratum cum dies eius ſuperuenerit, abſens citari debet & ſiue reſponderit ſiue non reſponderit: agetur cauſa & pronuntiabitur: non vtique ſecundum præſentem, ſed interdum vel abſens ſi bonam cauſam habuit vincet l. 73. de judic.* Quòd ſi autem contumacis ea ſit conditio, vt inquiratur, an debeat, neque vinci poſſit, niſi debeat *juxt. d. l. 73.* Quanto minus vbi nulla interceſſit contumacia, inſpecto eo duntaxat, quod petatur, non an id, quod petitur debeatur, in interdicto de *Tabulis exhibendis* condemnationem fieri æquum eſſet? Quinimo ſi in hoc interdicto ſiue jure ſiue iniuriâ exhibitio tabularum poſtularetur, atquè condemnandus eſſet miſer Reus, fieri non poſſet, vt ei, cuius nihil intereſt, denegari queat. Atqui in priuatis judiciis nemo ad agendum admittitur, niſi cujus priuatim interſit *l. vlt. de priuat. del. l. 19. Ad exhib. l. 16. D. Quod vi aut clam. l. 22. 16.* Dd. *C. de furt.* Iul. Clar. *5. ſent. §. 1. quæſt. 1. num. 5.* Vnde, ſi ob falſum creditum, vel falſam petitionem quis miſſus fuerit in poſſeſſionem, vel ſi exceptione ſummoueri poſſit, nihil ei debet prodeſſe interdictum,

Ne

Ne vis fiat ei l. 1. §. 5. D. Ne vis fiat ei. Quid audio? in Interdicto de *tabulis Exhibendis* ſi heres, qui tabularum exhibitionem poſtulat, hereditatem petat quæ ad ſe non pertineat: item ſi legatarius petat legatum, quod ſub conditione relictum eſt, & cuius conditio nondum extiterit: lex, aiunt, vult perinde Reum condemnari ac ſi hereditas ad actorem pertineret, aut legatum ei purè relictum eſſet. Amabo te, quæ lex agere quem permitteret ſine actione? Inuentæ ſunt obligationes ad hoc, vt vnuſquiſque ſibi adquirat, quo ſua intereſt, non quod ad alium pertineat *l. 38. §. 17. de v. obl.* Heres qui tabularum exhibitionem poſtulat, in quibus de hereditate agatur, quæ ad ſe non eſt heres, & immo ad agendum non admittendus *fac. l. 9. §. 3. D. de edend. l. 1. §. 4. in fin. D. Quor. Bon.* Similiter legatarius non rectè legatum petit, quod ſub conditione relictum, niſi conditio extiterit. *l. 42. de obl. & Act.* Aut plus quàm nobis debetur, petere non prohiberemur. Siquidem tale legatum, antequam conditio extiterit, non debeatur §. 33. verſic. *tempore Inſt. de Act. l. 41. in fin. de v. obl.* ſcio, deceptum eſſe aduerſarium, non ſatis ponderatâ *d. l. 3. §. 14. de Tab. exh.* Sed enim jus ciuile non oportet calumniari, aut verba captari. Sententia idonea & rationabilis danda prudentibus, non juri rationiq; contraria. Si non cuiuis *D. §. 14.*

inſpi-

inſpicienti liquere poſſet, quæ & quàm longè alia iſthic Vlpiani mens eſſet, *vid. infr. c. 12.* prolixius eam enarrarem. Reus aut confitetur penes ſe eſſe tabulas, quarum exhibitio poſtulatur, & jubendus eſt exhibere conceſſo tempore, vt exhibeat, ſi non poteſt in præſentiarum exhibere. Sed ſi neget ſe exhibere poſſe vel oportere, Interdictum hoc competit, *l. 1. §. 1. de Tab. exhib.* Cui porro judicialiter ab Actore inſtituto ſi Reus judicialiter contradicat ad ſententiam vſque, ineptum eſſet, ſi diceremus eum condemnandum in tantum, quantum actor peteret, non in tantum, quantum ſibi deberetur. Immo nulla hic contumacia intercesſit nullaque actori illata iniuria eſt à Reo, qui jure ſuo fuerit vſus, *l. 155. §. 1. Reg. iur.* Ita eſt, ſi actor bonam cauſam habuerit, Reum condemnandum eſſe ad faciendum exhibitionem tabularum cum præſtatione eius, quod interfuit eas non in tempore, quo exhiberi debuiſſent, exhibitas eſſe *d. l. 3. §. 11. de tab. exhib.* Quid tum? inde non probatur in tantum quantum actor petierit, non in tantum, quantum actori debeatur, Reum condemnandum eſſe. Quod perperam exiſtimant. Is, qui dolo fecit, quò minùs poſſideret, hoc quoque nomine punitur, quòd actor cauere ei non debeat,

debeat, actiones, quas eius rei nomine habet, ſe ei præſtaturum *l. 69. D. de Rei vind.* ne in poteſtate cuiuſpiam ſit, per rapinam ab inuito Domino rem juſto pretio comparare, *l. 70. ibid.* Propter hunc dolum & iſtam ad puniendum dolum Rei conſtitutam pœnam, ſicuti Rei vindicatio non eſt actio ex delicto pœnalis. Ita interdictum de *Tabulis exhibendis* non eſt propterea ex delicto aut pœnale, quod propter Rei contumaciam cautio de reſtituendo, quod conditione nondum impleta conſecutus fuerit, exigi minus poſſit *juxt. d. l. 3. §. 14.* Tum precipuè ex ſententia juris tractandum eſt, vtrum in æſtimationẽ: an ad exhibendas tabulas cum eo, quod interfuit, eas in ſuo tempore non fuiſſe exhibitas, condemnatio facienda ſit. Siquidem vbi tabulas habuerit Reus, quæ poſtea dolo amiſſæ, ad æſtimationem rei, quæ abeſt & eius quod interfuit, eas non accepiſſe, condemnatio demum facienda fuerit *juxt. d. l. 3. §. 12. & 13.* Sin poſſit, obligatuſque ſit eas exhibere, vt exhibeat ſententia compellendus non ſolum *fac. l. vlt. §. 2. D. Quor. bon.* ſed & vt vnà præſtet, quòd actoris interfuit ſuo tempore eas non exhibitas eſſe, æquiſſimum eſt *juxt. l. 1. §. 1. l. 3. §. 11. D. de Tab. exhib.* Quid ergò de heredibus? Primum interdictum hoc merè rei perſecutorium eſt, ideoque heredi cæteriſq; ſucceſſoribus vt &

poſt

poſt annum competit *d.l.3.§.16.* Quod ſecus eſſet, ſi merè pœnale foret, aut in dolum pœnæque nomine conceptum *l. 35. de obl. & Act. vid. ſupr. libr. 1. c. 17.* item libr. *2. c. prox.* maxime cum prætorium exiſtat remedium *d. l. 35.* Atat nulla doli, ad quem puniendum eſſet conceptum, mentio fit in Edicto *vid. l. 1. in princ. de Tab. exhib.* Tum neque ex facto ſerui Dominus hoc interdicto in ſolidum teneretur *iuxt. l.3.§.4. de Tab. exh.* ſi ex mero & vero delicto hoc interdictum daretur *l.3. de §.12. de pecul. l.3. de Cond. furt. l.1. §.7. D. de his qui eſſud.* Quid ita? ex quali cauſa deſcendit actio ad exhibendum, vt præparetur vindicatio Dominii *l. 1. D. Ad exh.* ex tali talis fere cauſæ figura procedit hoc interdictum, vt præparetur judicium poſſeſſorium. Igitur quid ni ſit merè rei perſecutorium? neque procedit quærere, an in heredem dandum ſit. Quandoquidem heres poſſeſſoris non quaſi heres ſed ſuo nomine teneatur: plane ſi ex dolo defuncti hereditas locupletior ad eum peruenerit, de eo, quod peruenerit, nullo colore denegaretur. Non quidem vt hoc ſcriptum ſit in *tit. de Tab. exhib.* adfinitas, quæ huic Edicto cum actione ad exhibendum, eò nos ducit, *vid. l. 22. §. 6. D. exhib.*

CAP.

CAP. XII.

In interdictis Ne vis fiat ei, *item* vnde vi *&* de Tabulis exhibendis *id quod intereſt non eſſe pœnam vel pœnæ loco, ideoque præſtatione eius, quod intereſt, in quantum præſtatur, in tantum à debito ſuo debitorem in iis liberari.*

INter actiones ex delicto pœnales etiam actiones illas referri bene dictum eſt, quæ pœnæ nomine comparatæ, in delictum conceptæ, eique puniendo aptæ ſunt viſæ legiſlatori *vid. ſupr. libr. 1. c. 17. in fin.* Quamuis naturâ ſuâ veritatem (quæ in eo quanti res eſt conſiſtit vel quanti intereſt, *l. 21. §. 7. de nou. op. nunt.* prout pro diuerſitate caſuum aliquid de re ſua actori abeſt *vid. ſupr. libr. 1. c. 18.* Non pœnam perſequantur *l. 7. §. 2. Quod falſ. tut. l. 1. in fin. Si quis juſd. non obt. l. 2. in fin. l. 3. Qui ſatiſd. cog. l. 179. de v. Sig. l. 38. §. 2. de v. obl. vid.* Cuiac. *24. obſ. 17.* Hilliger. *21. donell. enuc. l. 2. lit. S.* ideoque quaſi pœnales non male appellentur *conf. l. 1. l. vlt. de eo per quem l. 1. §. 8. Ne vis fiat ei l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. §. fin. de Reb. Auth. iud. poſſ.* Sed hinc dum Petrus Barboſa colligit *ad l. filiuſf. 15. D. de iudic. num. 123. 124. & 125.* quaſi actiones ex delicto non in delictum conceptæ (veluti condictio furtiua) aduerſus heredes in ſolidum tranſeant, nihil video, cur ei adſentiendum magis, quàm Aduer-

ſario. Vterque eſt in hac ſententia, vterque fundamẽtum huius opinionis ſuæ conſtituit *in §. 9. Inſt. de leg. Aquil. l. 7. §. 1. l. 9. de Condict. furt.* Fundamenta, quæ ceu ingenio Aduerſarii inuenta, vi reſponſionis noſtræ ſi non ceciderunt, inutilia facta ſunt, & diſiecta jam ſæpius *vid. infr. libr. 5. c. 1. ſupr. libr. 1. c. 10.* Aut condictio furtiua ſi in delictum non concepta, ecquid dicemus, an non igitur ex quaſi contractu eam dari *juxt c. 8. ſupr. libr. 1.* vel ex tali talis cauſæ figura, *arg. l. 1. de obl. & act.* quæ quoad tranſmittendam aduerſus heredem actionem eâdem regulâ regi regulæ contractuum ſit conuenientius. Liberum adhuc vnicuique relinquo judicium. Sed enim Condictionem furtiuam idem Petr. Barboſa *ad d. l. filiusf. de judic. num. 136.* docet non oriri propriè ex delicto, licet propter delictum prodita ſit, idque aduertiſſe Ioh. Fabrum *ad §. pœnales num. 3. Inſt. de perpet. & temp. act.* Effugium, quod Aduerſarius ceu ſuum attulit *80. decad. err. 3. vid. ſupr. libr. 1. c. 6.* Necdum probo: Actio *Quod falſo tutore geſtum* propter dolum malum introducta eſt *l. 11. in princ. D. Quod falſ. tut.* abſit, vt propterea non quoque ex dolo oriri cenſeretur *d. l. 11. §. 1.* Lucidiùs quod ita iterum enuntio, ne pretium poſſeſſionis facere actionem quaſi pœnalem credatur temere, cum Anton. Fabro *4. Coniect. 19.* &

petro

petro Fridero *de Interdict. comm. 10. num. 10. & 11.* pretium poſſeſſionis ſuccedit in locum poſſeſſionis, quàm diu abfuit. poſſeſſio, quã habere ſatagimus, non eſt pœna. Sed res & jus in re *l. 6. D. de vi & vi arm.* Aut quibus ex legibus tale quid eliciunt? Vtuntur *l. 1. §. 5. Ne vis fiat l. 4. §. 7. D. de damn. inf. l. 3. §. 11. D. vti poſſ.* Loci, ex quibus nihil minus probes, quàm quod inde probare præſumunt, nihil etiam magis, quàm, dum iidem idem quoad intereſſe confirmare conantur *ex l. 2. §. 5. & §. pen. D. ne quid in loc. publ. l. 68. D. de Rei vindic. l. 2. §. 7. de nou. op. nunt. vid.* Frider. Mind. *in tract. de Interd. tit. 9. num. 22.* Quaſi verò id, quod intereſt tam in delictis quàm in contractibus non expreſsè ſeparetur à pœna *l. 4. §. 7. D. de damn. infect. l. 38. §. 2. de v. obl. l. 2. in fin. Si quis ſatiſd. cog.* Immo id, quod intereſt, aliàs minus eſt, quàm quanti res eſt, aliàs plus, quàm quanti res eſt, aliàs nihil, *vid. l. 6. de vi & vi arm. l. 13. de Re iudic.* aliàs tantundem, quanti res eſt, quæ debetur, *d. l. 13. l. 1. de Act. empt. l. 112. §. 1. de v. obl.* Vbi autem minus fuerit, veluti parte ſoluta *vid. aliud exempl. in l. 112. §. 1. de v. obl.* aut tantundem, veluti nulla pretium rei augente vtilitate: aut nihil, veluti toto ſoluto *vid. d. l. 112. §. 1. l. 61. de ſolut.* ecquæ pœnæ ſpecies ſurgeret ex tali eo, quod intereſt? Ita quicunque ex eo, quod intereſt? pœnam pœnæ figuram metiuntur, ad

R eum

eum eos caſum delabi neceſſe eſt, in quo id, quod intereſt, plus ſit, quàm pretium rei, veluti, ſi cuius interſit non ob pretium duntaxat, ſed & quæſtionis habendæ aut rei probandæ gratia, aut hereditatis adeundæ ſeruum poſſideri *l. 6. de vi & vi arm.* Quaſi verò huiuſcemodi quod intereſt pœna eſſet aut loco pœnæ, quoties de tali eo, quod intereſt, quæſtio eſſet. Quid? adſpiciatur condictio furtiua: in eam id venire certum eſt, quod interſit agentis, veluti ſeruus ſi condicatur, qui heres ſit inſtitutus, domino periculum ſubeunte hereditatis perdendæ *l. 3. de Cond. furt.* non tamen propterea condictio furtiua vt ſit actio pœnalis eo ſenſu, quo interdictum *Ne vis fiat* eſt pœnale *in l. 1. §. 5. D. Ne vis fiat.* Item adſpiciatur actio ad exhibendum: in ea vtilitates ſi quæ amiſſæ ſunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, æſtimandæ à judice ſunt *l. 9. §. 8. l. 11. D. Ad exhib.* Si Aduerſarios ſequimur, pœnalis erit propterea actio *ad exhibendum*: pœnale erit Interdictum *de Tabulis exhibendis*, eo quod ſimile, immo idem intereſt in iſto verſetur interdicto. Non eſt ita. Aut ex qua tandem ratione id, quod intereſt in interdictis iſtis pœna foret aut pœnæ loco, quæ & cuius loco in actionibus ceteris tam ex delicto quam contractu non eſſet? Quid enim id, quod intereſt ſi eſſet pœna aut pœnæ loco, fieret,

vt

vt debitor ſoluendo tale pœnale intereſſe non liberaretur à præſtatione eius, quod in veritate abeſt & intereſt *arg. l. 7. §. 1. de Condict. furt.* ad morem actionum pœnalium, vtpote quibus rei perſecutoriæ non tollantur *l. 45. l. 47. §. 1. l. 48. D. pro Socio.* Atqui id, quod intereſt qui accepit, ſi poſtea adhuc exigat rem, cuius reſpectu id, quod intereſt, acceperit, nō oportet eam eum conſequi *l. 15. in fin. Quod vi aut clam.* immo improbus eſſe perhibetur *l. 51. §. 1. de Re jud.* Igitur id, quod intereſt non eſt pœna aut pœnæ loco. Recte omnino quod ita ſuſtinemus. Nam ſicuti pretio fundi accepto qui poſtea fundum petere præſumpſerit, improbus & doloſus eſſe judicatur, ſi pretio non fuerit contentus, *l. 84. §. 2. de legat. 1.* Ita emptor, qui creditorem in poſſeſſionem miſſum rei ſeruandæ non admiſit, ſolutione eius quod intereſt, creditori ſuo per venditorem ſuum facta liberatur eatenus, quatenus ſolutio facta eſt, non vltra *juxt. d. l. 51. §. 1. de Re judic.* ſi pluris interſit *l. 47. D. pro Soc. l. 11. in fin. l. 12. D. de ſeru. corr.* aut ſi creditor iterum vellet conſequi, quod ſemel accepiſſet, improbus & doloſus itidem foret, & exceptione repellendus, ſi cum res deberetur, pretio accepto, poſtea rem adhuc exigat, ac ſi pretium pro re non accepiſſet *fac. d. l. 84. §. 2. de legat. 1. l. 3. §. 15. de Tab. exh.* Aliter quàm ſi cum pecunia deberetur, id quod in-

R 2 tereſt

tereſt in pecunia fuerit ſolutum. Quippe quo caſu debitor ipſo jure liberatus cenſeri debeat, non tam ope exceptionis juuari. Quod ipſum adiicere vel ideo debui, ne adhuc hæſites cum Ant. Fabro *4. coniect. 19.* vtrum agatur de liberatione *in d. l. 51. §. 1.* quæ ipſo jure facta fuerit, an verò quæ ope exceptionis. Siue debitor ſiue alius pro debitore ſoluerit, liberatio cõtingit ipſo jure, modò idem ſolutum fuerit, quod deberetur, *in princ. Inſt. Quib. mod. toll. oblig.* non pretium pro re vel econtrà *d. l. 84. §. 2. de legat. 1. l. 3. §. 15. de Tab. exhib. l. 95. §. 9. de Solut. vid. ſupr. libr. 1. c. vlt.* Tantum abeſt vt diſcrimen aliquod nobis imaginari liceat: an ipſe, ſiue debitor, ſiue emptor, ſiue poſſeſſor, qui creditorem in poſſeſſionem miſſum rei ſeruandæ non admiſit creditori intereſſe ſuum ſoluiſſe proponatur, an venditor pro debitore, emptore, poſſeſſore ignorante, inuitoue *in d. l. 51. §. 1.* Omni ſiquidem caſu firma ſtat ratio, quod improbus ſit creditor, qui velit iterum conſequi, quod ſemel accepit *juxt. d. l. 51. §. 1. l. 61. de Solut.* Quid ita? Siue debitor, ſiue alius eius nomine creditori ſoluerit, debitor liberatur *in princ. Inſt. Quib. mod. toll. obl. l. 5. l. 17. C. de Solut.* etiam eo caſu, quo alius citra vllum debitoris mandatum pro debitore ſoluerit *l. 23. l. 40. l. 53 l. 72. §. 2. D. de Solut. l. 39. l. 43. Negot. geſt.* Quantò magis ſi alius mandato debitoris creditori

ſoluerit

ſoluerit *l. 56. l. 49. l. 64. l. 66. de Solut.* Quanto magis ſi venditor pro emptore ſoluerit, *veluti in d. l. 51. §. 1. de Re. iud.* poſteaquam emptoris eadem plerumque cauſa eſſe debeat circa petẽdum ac defendendum, quæ fuit auctoris *l. 156. §. 3. de Reg. iur. fac. l. vlt. D. Negot. geſt.* Sententia, quæ vt veriſſima eſt, ita ſi adprehendatur, nulla lectio turbauerit vel ſenſus noſtros, vel ſenſum ipſius etiam Pauli *in d. l. 51. §. 1. de re iudic.* Quid enim *ſi quis* (debitor, emptor, poſſeſſor) *creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſerit, ſi venditor* (pro debitore, emptore, poſſeſſore) *præſtiterit creditori, quanti eius interfuerit, quæſitum eſt, an debitor* (emptor, poſſeſſor) *liberetur. Et puto improbum eſſe eum, qui velit iterum conſequi, quod accepit.* Hæc eſt exemplaris Florentini ſcriptura *in d. l. 51. §. 1.* Ac quidem optimo ſenſu: nimirum in tantum liberari debitorem, in quantum venditor pro eo ſoluerit, creditorem in tantum fore improbum exactorem, in quantum à venditore ipſi ſolutum fuerit pro emptore. in id, quod deeſt, actione vel interdicto non ceſſaturo, multò minus exceptione obſtitura *l. 34. de obl. & Act. l. 47. D. pro hoc. l. 11. in fin. l. 12. de Seru. corr. l. 41. in fin. de obl. & Act.* Alia eſt emendatio Cuiacii *apud 4.* Paul. *ſent. 7.* & *12. obſ. 33.* qui ita. *Si quis creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſerit, ſi debitor præſtiterit creditori, quanti eius interfuerit, quæſi-*

tum eſt an debitor liberetur. Et puto improbum eſſe eum, qui velit iterum conſequi, quod accepit. Quò & collimare mihi videtur Antonii Fabri coniectura: dum legere amat : *Si quis creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſerit & præſtiterit creditori, quanti eius interfuerit an liberetur &c.* Idem namque vtraque ſententia enuntiat, nimirum ſi debitor creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſerit, & creditori præſtiterit, quanti eius interfuerit, debitorem debito in tantum liberari, in quantum ſoluerit, non vltra *iuxt. d. l. 51. §. 1.* Neque hæc vllam habent difficultatem, quæritur ſaltem, an in caſu tam claro quæſtionem tam claram deciderit Paulus *in d. l. 51. §. 1.* Quantum ad me attinet, quò magis hunc locum ſpecto, ſequi malim ſcripturam Florentinam, qua vtimur vtpote in qua decidatur, an ſi venditor ſoluerit loco emptoris (qui debitor eſſet) creditori id, quod eius interfuerit, emptor & idem debitor debito liberetur *iuxt. d. l. 51. §. 1.* ratio dubitandi vt ſubſit, quod, dum aliud eſſe videretur id, quod deberet debitor, aliud verò id, quod intererat creditoris, decidendum videretur non debere liberari à debito debitorem, pro quo venditor id, quod intereſt, ceu pœnæ loco pro adhibita vi vel contumacia præſtitiſſet. Ratio decidendi eſt, quod ſiue debitor, ſiue alius eius nomine creditori

ſoluerit,

ſoluerit, debitor debito ſuo liberetur *in princ. Inſt. Quib. mod. toll. obl. l. 5. l. 17. C. de ſolut. l. 53. D. eod. tit.* etiam eo caſu, quo alius citra vllum debitoris mandatum pro debitore creditori ſoluerit *l. 39. l. 43. D. Negot. geſt.* ideoque multò magis id recipiendum ſit in ſolutione, quam venditor fecerit pro eo, cui quod à ſeſe emiſſet, ferè poſſeſſione tenus foret auferendum, niſi ſoluere pro eo deproperaret *arg. l. 156. §. 3. de Reg. iur.* illud autem quod intereſt, non ſit pœna, aut pœnæ loco, ſed in locum rei ſoluendæ ſuccedat, in quantum ſoluatur. Vnde fluat vt ſolutio, quæ à venditore pro emptore ſuo facta in quantum facta emptori eidemque debitori proſit quam maximè, aliàs benè improbum fore creditorem, qui denuò vellet conſequi quod ſemel fuerat conſecutus *iuxt. d. l. 51. §. 1. de Reg. iud.* Neque hæc iterum diciſio difficilis vllo modo: difficilis tamen facta fuit, quaſi contrarium decidatur *in l. 3. §. 15. de Tab. exhib.* Quod non eſt ita. Aliud decidetur in alio caſu *d. loc.* Quid mirum: apud Vlpianum quæritur, ſi conſecutus ab herede æſtimationem legati legatarius, poſtea legatum adhuc petat, an ſit audiendus, & putat, ſi idem heres, qui æſtimationem legati jam ante præſtitiſſet, ad legatum corpore tenus denuò præſtandum à legatario moleſtetur, exceptione doli legatarium repelli poſſe, ſin alius heres eiuſdem legati, quod nunc peti-

 tur,

tur, æſtimationem ante præſtiterit, non item legatarium repelli debere. Sane hæc mihi videtur genuina eſſe ſententia *d.§.15.* Enimuero ita juris eſt, ſi ex duobus teſtamentis eadem res mihi debeatur, & ſi à diuerſis heredibus, vt interſit, vtrum ab alterutro rem, an æſtimationem ex teſtamento conſecutus ſim; Nam ſi rem habeam; agere in amplius contra neutrum valeo, quia habeo eam ex legato, id eſt, cauſa lucratiua, ſin æſtimationem ab vno herede conſecutus fuero, poſtea adhuc legatū ab altero petere nullo jure prohibeor *§.6.in fin. Inſt.de legat.* De tali legato agitur *in d. l.3.§.15.D.de Tab.exhib.* planè vt diſtinguere nō illic opus, cum Fridero, an in cauſam debiti & liberationē debitoris quantumuis ignorantis fiat ſolutio, an extra hanc cauſam in pœnam contumaciæ & violatæ legis *d.l.3.§.14.* nec enim, vbi lex nulla talis diſtinctionis meminit, nos eam recipere volemus temere *l.8. de public. in rem.* remiſſio cautionis de reſtituendo id, quod legatarius conſecutus eſt, pœna eſt contumaciæ in eo, qui non exhibuit *in d.l.3.§.14.* Huiuſcemodi autem pœna contumaciæ ſi interdictum de *Tabulis exhibendis* efficeret pœnale, omnes actiones non ſolæ ex delicto, ſed neſcio quæ non interueniente rei contumacia pœnales efficerentur. Id verò ſicuti alienum eſt, ita non tam pro pœna contumaciæ legatario ſoluta

æſtimatio

æſtimatio legati proponitur quàm ſub conditione ex teſtamento ſolui poſſe citra neceſſitatem præſtandi cautionem de reſtituendo, ſi conditio defecerit quippe à qua cautionis præſtatione propter contumaciam eius, qui non exhibuerit, liberetur tantùm legatarius *iuxt. d. l. 3. §. 14.* non vt vi contumaciæ æſtimationem legati aut acceperit, aut accipere potuerit, quam loco legati teſtamento dati ex teſtamento accipere debuerit *in d. l. 3.* §. *14.* Neque hæc interpretatio ſcrupulum ſenſerit *ex d. l. 3. §. 15.* ſiquidem vi teſtamenti, qui æſtimationem legati conditionalis fuerit conſecutus, ſi poſtea impleta conditione ab eodem herede, qui æſtimationem præſtitiſſet, legatum adhuc petere præſumpſerit, exceptione doli repellendus ſit *iuxt d. l. 3.* §. *15.* qua certè non poſſet repelli, ſi pro pœna contumaciæ, non pro legato æſtimationẽ legati accepiſſet. Quandoquidem pœna contumaciæ ſemper conſideretur extra rei æſtimationem *l. 1. de in lit. iur.* Tantum abeſt, vt quod pro pœna contumaciæ legatarius accepiſſet, legato imputare teneretur, ne duplum accipere intelligeretur. Ratio, quæ mouit doctiſſimum Fiderum, vt diſtinguendum putarit inter ipſum debitorem, & alium, qui pro debitore pœnam contumaciæ ſoluerit: ac ſi debitor ipſe vbi æſtimationem litis pro pœna contuma-

ciæ ſoluerit, ex ea æſtimationis præſtatione omnino liberetur, quoniam duplum præſtare non teneatur. Aliud quàm ſit in alio, qui pro debitore totius litis æſtimationem ceu pœnam contumaciæ ſoluendo non item liberari faciat eo ipſo debitorem, quandoquidem eo caſu debitor dupli præſtationem non item ſubeat. Hæc ſententia meo judicio ferri non poteſt. Siquidem quàm alienum eſt, vt debitor, quia contumax fuerit, ea propter duplum præſtare teneretur, tam alienum etiam ſit, vt creditor, qui ab alio æſtimationem litis acceperit pro contumacia ſiue eius, ſiue debitoris, pro quo æſtimationem ſoluerit, à debitore nihilominus debitum petere, & ſic duplum accipere non prohiberetur. Quid ita? improbus ſicuti eſt, qui velit iterum conſequi à debitore, quod accepit â debitore, ita improbus eſt, qui velit iterum conſequi à debitore, quod ab alio ei ſolutum eſt pro debitore *l. 51. §. 1. de Re judic.* Idem ab eodem bis exigi ſicuti bona fides non patitur, ita nec à duobus *l. 57. de Reg. iur. l. 26. de pecul. §. 6. in fin. Inſt. de legat. d. l. 51. §. 1.* Quid enim, alius iſte, ſeu tertius aliquis qui dolo deſiit poſſidere, in tantum tenetur in quantum ſi poſſideret, teneretur. Hunc ſi creditori æſtimationem rei in judicium deductæ præſtiterit, vult Friderus præſtitiſſe pœnam doli & contumaciæ, quam, reſti-

tuendo

tuendo rem ipſam, potuiſſet purgare; creditori verò id nocere non debere, quo minus ille aduerſus ipſum debitorem vel quemcunque poſſeſſorem adhuc pro re ipſa habeat actionem, ſi modò ille alius aut tertius ante conuentus æſtimationem præſtiterit, antequam debitor ipſe poſſeſſionem iterum nanciſceretur *l. 95. §. 9. de ſolut.* Quaſi verò ſolutio, quæ ſemel ab alio reſpectu rei à debitore dolosè amiſſæ facta fuerit, debitori non prodeſſet *text. expr. in D. §. 9.* Dolus repræſentat poſſeſſionem poſſeſſoris *l. 131. l. 150. de Reg. iur.* pro dolo igitur tali repræſentante æſtimatio à corporaliter poſſidente quatenus facta pro repræſentato fieri non poteſt, vt non proſit ei, qui poſſidere vnà repræſentatur *fac. l. 25. §. 9. de hered. pet.* Quandoquidem id, quod creditoris intereſt, in quantum ſolutio, ſiue à debitore ſiue ab alio pro debitore facta fuerit, in tantum diminui certiſſimum ſit, *fac. l. 13. §. pen. de hered. pet.* Neque alius iſte vel tertius, qui creditori æſtimationem litis præſtitit pro debitore, eam ſoluiſſe intelligi poſſit pro pœna doli vel contumaciæ, quàm pro liberatione debitoris. Aut vbi talis vſpiam contumaciæ, doliue pœna audita nedum ſtatuta? Contumacia eorum, qui jus dicenti non obtemperant, litis damno coërcetur: veluti qui reſtituere juſſus, judici non paret, ſiquidē habeat

rem,

rem, manu militari officio judicis ab eo poſſeſſio transfertur, ſi verò rem non habeat, ſiquidem dolo fecit, quò minus habeat, is, quantum aduerſarius in litem jurauerit, damnandus eſt *l. 68. de R. vind.* Similiter in actione de *dolo* niſi reſtitutio rei arbitrio judicis fiat, ſequitur condemnatio, quanti ea res eſt, ac quidem certa quantitate non adiecta vt poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem jurauerit *l. 18. in princ. D. de dol.* Iam vero quòd ſi alius aut tertius pro debitore contumace totius litis æſtimationem creditori ſoluerit, vnde probabunt pro contumacia ſola tantam conſtitutam pœnam? Contumax litis damno duntaxat coërcetur *d. l. 53. de Re jud.* Litis damnum ab eo, qui contumax fuit, vel aliunde pro eo ſi præſtatur creditori, ecquid aliud ei ſoluitur quàm litis æſtimatio. Litis aſtimatio comprehendit & pretium rei, quæ abeſt, & illud, quod ex contumacia non reſtituentis per juſiurandum in litem vltra rei pretium accreuit *l. 1. l. 8. D. de in lit. jur.* Hic hanc æſtimationem creditor vbi ſiue à debitore ipſo ſiuè ab alio acceperit debitoris nomine amabo te quàm improbus eſſet, ſi poſtea idem corpus quod æſtimatione accepta comprehenſum fuerat, à debitore nihilominus conſequi laboraret. Quid? an non iſto modo creditor vltra pœnam contumacis

tumacis & pretium rei & rem ipſam hoc eſt duplum ex vna obligatione & actione accipere toleraretur, cui ſimplum deberetur? ita profectò: eaque ratio me mouet, vt etſi alius ille aut tertius ante conuentus fuerit, æſtimationemque iſtiuſcemodi præſtiterit, antequam debitor ipſe poſſeſſionem rei primitùs debitæ nanciſceretur, eandem creditori improbitatem obſtare exiſtimem, quo minùs à debitore rem ipſam cuius plenam æſtimationem ſemel acceperit, adhuc petere tolerandus ſit. Neque in contrarium allegari debuerant loci, quos allegauere, ſed examinari. Dolo feciſti quò minus poſſideres, quod ex hereditate ad alium pertinente apprehenderas, ſi poſſeſſor corpus ei, ad quem pertineret, præſtiterit, indubitatum eſt te liberatum eſſe, quoniam petentis nihil amplius intereſt; ſin poſſeſſor ei, ad quem hereditas pertineret, litis æſtimationẽ præſtiterit, næ ea præſtatio prodeſt tibi ad plenam itidem liberationem, ſi petentis interſit non pluris. Aliàs in quantum ei deeſt, reſeruata ei actione, non vltra. Hæc doctrina clarè probatur *in l. 13. §. 14. de hered. pet. l. 95. §. 9. D. de Solut.* Ceterùm ſi tu dolo cum feciſſes, quò minus poſſideres, quod, ex hereditate ad alium pertinente apprehenderas, ante poſſeſſorem conuentus ex dolo præterito (veluti quo poſſidere deſieras

l. 13.

l.13.§.2.de hered.pet.) ei, ad quem hereditas pertineret, litis æſtimationem præſtiteris, ea ſolutio non item poſſeſſori proderit *juxt.d.l.95.§.9.de ſolut.d.l.13.§.14.* Ratio in promptu eſt, quod poſſeſſori non poſſit acquiri jus in re, quam ſuo nomine poſſidet, ex ſolutione tum mea, quatenus ex dolo meo ad eam faciendam obligatus fueram, tum mea, quæ pro meo dolo à parte mea interceſſerat. Quòdque ſi poſſeſſori ex mea pro meo dolo facta ſolutione contingeret liberatio, dolus eius in apprehendenda re ex hereditate aliena non ſolum puniretur, ſed ex ſolutione mea jus poſſidendi ei adquireretur, confirmaretur. Atat hoc quam iniquum eſſet. Igitur vtut ei, cui pro meo dolo totius litis æſtimatio fuerit ſoluta, nulla contra poſſeſſorem ſuperſit actio, nulla etiam contra me, quoniam nihil ei deſit, in quo quod pluris interſit, fundare aliquo colore queat, adeoque improbus foret, ſi iterum vellet conſequi, quod ſemel accepiſſet, tamen certum eſt inde non liberari poſſeſſorem *iuxt.d.l.95.§.9.de ſolut.d.l.13.§.14.de hered.pet.* Quandoquidem eius rei quæ per in rem actionem (veluti *in d.l.13.§.14.d.l.95.§.9.*) petita, æſtimatione cum contumaciæ pœna à me præſtita Dominium eius rei ſtatim ad me pertinere cœperit. Quippe qui tranſegiſſe cum eo & decidiſſe videor eo pretio, quod actor à me accipiendo litis æſtimationem

nem eo ipſo ſibi conſtituit *l. 46. de Rei vind.* de quali litis æſtimatione aut quaſi tranſactione non agitur *in l. 3. §. 15. de Tab. exhib.* Quamuis ſi ageretur, non aliud reſpondere teneremur. Quid enim heres qui electa litis æſtimatione tabulas exhibendi neceſſitatem effugerit *arg. l. 3. §. 13. de lib. hom. exhib.* vbi legati æſtimationẽ ex ea cauſa legatario ſemel præſtiterit *iuxt. d. l. 3. §. 14. de tab. exh.* rectè dicimus audiendum non eſſe legatarium, ſi poſtea legatum petere ab eodẽ herede præſumpſerit, ſed exceptione repellẽdum *d. l. 3. § 15.* Quòd ſi verò alius aliquis (qui non ex ſua perſona itidem heres reſpectu eiuſdem legatarii) æſtimationẽ legati nomine heredis legatario præſtiterit, poſteaq; legatarius legatum ipſum ab herede, pro quo æſtimatio ſoluta fuerat, adhuc petere non dubitauerit, fieri non poteſt, vt non improbus in tantum haberi debeat, in quantum æſtimationem legati ſemel acceperit *iuxt. l. 51. §. 1. de Re. iudic.* Aeſtimatio ſuccedit loco rei *l. 8. de legat. 1. d. l. 51. §. 1.* Vnde patet, quàm malè doceatur ab iſtis, contra quos eſt hîc ſermo, æſtimationem, quæ primitus præſtita, non impedire, quo minus poſtea legatum adhuc peti poſſit, quaſi æſtimatio primitus præſtita fuerit pro pœna interdicti *Ne vis fiat ei,* quam pœnam is incurrerit, *iuxt. l. 1. §. 5. d. tit. Ne vis fiat.* qui creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ non admiſerit *in d. l. 51. §. 1. de Re.*

iudic.

iudic. Quâque proinde pœna præſtitâ non abſurdum ſit, rem adhuc legatam à legatario exigi, poſteaquam actio pœnalis, qualis illa ex interdicto iſto ſit *d. l. 1. §. 8. D. tit.* perimere non ſoleat actionem rei perſecutoriam *fac. l. 7. §. 1. de Cond. furt.* Verum enimuerò nec magis ferenda hæc opinio, vtut ab ea non abhorrere etiam videatur Cuiacius *12. obſ. 23.* quàm iſta iſtorum, qui de contumaciæ pœna eodem modo locuti. Vim facit, qui non ſinit poſſidentem in eo, quod poſſidebit, vti arbitrio ſuo, ſiue in ſerendo, ſiue fodiendo, ſiue arando, ſiue quid ædificando, ſiue quid omnino faciendo, per quod liberam poſſeſſionem aduerſarii non relinquit *l. 11. de vi & vi arm.* Hinc & ego ſtatui jam olim *5. Membr. 12.* non tam vim talem videri feciſſe, qui creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſerit (alioquin pignoribus captis à magiſtratu cur non præſtaret eum coërceri *fac. l. 4. §. 2. de damn. inf.*) quàm incurriſſe contumaciam *in d. l. 51. §. 1. de Re. judic.* quaſi qui juſdicenti in admittendo eum, quē admittere juſſus erat, non obtemperarit, is contumaciam iſtam litis damno luere jubeatur *in l. 53. D. tit. de re jud. d. l. 4. §. 2. de damn. infect.* Quicquid ſit, qui æſtimationem ceu pœnam contumaciæ, & porro rem ipſam hoc caſu peti poſſe & ſolui debere contendere auſi, *vid.* Petr. Frider. Mindan. *in tractat. de*

interdict.

interdict. comm. 10. eos jam hîc ſupra defricui. Neque feliciùs pugnant, qui *in d. l. 51. §. 1. de Re jud.* ſolutionem eius, quod intereſt, pro pœna interdicti, *Ne vis fiat ei* æſtimationemque legati pro pœna interdicti de *Tabulis exhibendis* in *d. l. 3. §. 15. de Tab. exh.* accipere maluerunt: ſcilicet, vt is, qui creditorem miſſum in poſſeſſionem non admiſerit, vim feciſſe judicetur, dum contra quam prohibetur, eo ipſo feciſſet *fac. l. 1. §. 5. §. 7. Quod vi aut clam.* Quid enim interdictum hoc poſterius de *Tabulis exhibendis* eſt merè rei perſecutorium nedum pœnale *vid. ſupr. c. prox.* Interdictum verò *Ne vis fiat ei* itidem merè rei perſecutorium eſt, ſed pœnæ nomine duntaxat conceptum: vnde actio ex eo, quæ proficiſcatur, pœnalis appelletur *in l. 1. §. 8. Ne vis fiat ei* vid. *ſupr. c. 10.* Iam verò quòd ſi merè rei perſecutorium ſit, vtique tale intereſt, quale in eo ſoluitur, pro re ipſa, quæ debetur, ſoluitur, non pro pœna. Aut interdictum hoc mixtum foret vel merè pœnale. Atqui eſt pœnæ nomine duntaxat cōceptum, naturâ aliàs ſuâ merè rei perſecutorium *vid. D. c. 10.* non eſt mixtum, vtut diſſentiat Treutlerus *2. vol. diſp. 25. th. 3.* non eſt merè pœnale, vtut eò inclinare videatur Cuiacius *12. obſ. 23.* Igitur fieri non poteſt, vt creditor vel legatarius, qui id, quod intereſt, nomine interdicti *Ne vis fiat ei* acceperit *juxt. l. 1. §. 5. D. tit.* æſtimationemue legati ſui vi

interdicti *de Tabulis exhibendis* ſemel conſecutus ſit *juxt.l.3.§.15. de Tabul.* non improbus ſit qui credito vel legato, quod ei ſolutum, non imputare, ſed creditum & legatum adhuc petere præſumat ac ſi æſtimationem eius, quod intererat, vel legati, quam ſemel acce-piſſet, non conſecutus aut pro pœna conſecutus fuiſſet. Quod ipſum natura iſtorum interdictorum quoniam nullo modo patiatur, contra rationem eſt & omnia probitatis argumenta. Aliud quàm eſt in exemplo legatæ vnius rei in duobus teſtamentis: veluti, ſi ex duobus teſtamentis eadem res eidem legatario debeatur, intereſt, vtrum rem, an æſtimationem ex teſtamento conſecutus ſit. Nam ſi rem habet, agere non poteſt, quia habet eam ex cauſa lucratiua: ſi æſtimationem, agere poteſt §. *6. Inſt. de legat.* Ita apud Vlpianum *in d.l.3.§.15.de Tab.exh.* agitur de æſtimatione legati ab vno herede, quam conſecutus fuerat. Decidit legatarium, qui accepta æſtimatione ab vno herede poſtea ab eodem adhuc legatum petere non dubitarit, exceptione doli repelli poſſe, ſin ab alio herede æſtimationem conſecutus fuerit, ab alio herede legatum petierit, non item repelli poſſe *juxt. d.l.3.§.15. D. §. 6. Inſt. de legat.* cuius adeò juris neque ratio in obſcuro eſt: Siquidem Primo caſu duæ cauſæ lucratiuæ ſicuti in eundem hominem & eandem rem concurrere non

poſſunt,

poſſunt, ita caſu poſteriore, quoniam duæ cauſæ lucratiuæ taliter non concurrant, nihil obſtet, quò minus æſtimatiò ab vno herede accipi potuerit, ab altero herede legatum ipſum corpore tenus peti adhuc non prohibeatur, maxime cùm vterque ex ſuo teſtamento ad id obligatus foret, *d.§.6. Inſt.de legat.* Interpretatio, quàm pro coronide huius ſermonis comprobare etiam placet ex eo, quòd Vlpianus ſcribat, legatarium, ſi heres idem æſtimationem præſtiterit, à quo legatum poſtea adhuc petatur, exceptione doli repellendum eſſe *in d. l. 3. §. 15.* heres, inquam, idē, non alius heres. Quomodo ſi *d. §. 15.* accipimus, faciliùs interpretatio hæc, quæ aliàs noua, apprehendetur. vt non dicam, vocem eam, *idem* non poſſe *in d. l. 3. §. 15.* referri ad legatum, vtpote quod æſtimatione eius præſtita non præſtitum illic præſupponatur. Loquitur *d. §. 15.* de herede eodem, qui æſtimationem præſtiterit, & à quo ceu nihil præſtitiſſet, legatum denuò peteretur. Præterquam de eodem legato ab eodem herede ſemel præſtito ſi tractaretur *in d. l. 3. §. 15.* ab altera legati petitione non tam ope exceptionis, prout Vlpianus ſcripſit, quàm ipſo jure idem heres abſolueretur. Abſolui.

CAP. XIII.

De natura duorum interdictorum, quibus noui operis nuntiatio defenditur; & aduerſus heredem quatenus competant: per occaſionem nouè explicatâ l. 20. Commun. diuidund.

ACtiones omnes ex delicto ſunt pœnales inſpecta origine delicti, ex quo ſunt tales *l. 32. de pœn. l. 32. de obl. & Act. l. 38. de Reg. jur.* Aliter quàm ſunt reſpectu pœnæ vel rei, prout alterutram vel vtramque ſimul perſequuntur *vid. ſupr. c. 16. libr. 1.* Sedenim hinc quænam meræ pœnæ, vel pœnæ & rei, vel meræ rei perſecutoriæ ſint, ex parte Actoris potiſſimum æſtimandum eſt *§. 16. §. 17. §. 18. §. 31. in fin. de Inſt. de Act.* poſteaquam Actor vel meram pœnam, vel pœnam & rem ſimul perſequatur, vel meram rem. Reus verò, qui deliquit, nihil perſequatur, ſed fugere mallet ad iſta omnia, quàm perſecutionem iſtam pati *vid. ſupr. libr. 1. c. 17.* Quid ergo? nondum placet diſtinctio, ac ſi actiones eſſent, quæ ex delicto vtut ſint, & merè rei perſecutoriæ à parte actoris, quoniam à parte Rei pœnales ſint, ideo fiat, vt aduerſus heredes dentur non vltra, quàm ad eos peruenerit, *vid. ſupr. libr. 1. c. 17.* Actiones merè rei perſecuriæ meram rem à parte Actoris ſicuti perſequuntur, ita

ita mera res à parte Rei in iis ſoluitur, aut aliud ſolueret, quod ſoluere obligatus eſt. Id autem contra principia eſt. Similiter actiones in delictum conceptæ (quæ quaſi pœnales appellari poſſunt). tam à parte Actoris pœnæ perſequendæ nomine competunt, quàm à parte Rei pœnæ ſoluendæ nomine, Quid tum? vi ipſa nec pœnam, ſed meram rem, quæ abeſt, actor per eas perſequitur, vi ipſa non pœna, ſed mera res, quam debet, per eas à Reo ſoluitur, vt idem quod in obligatione eſt & debetur, petatur & ſoluatur, non aliud *arg. l. 91. §. fin. de v. obl.* aliud quemadmodum ſolueretur, quàm deberetur, ſi res, quam actor perſequitur ceu debitam ſibi, nō ei à Reo ſolueretur, ſed pœna, *vid. ſupr. libr. 1. c. 16. 17. & 18.* Exempli gratia: prætor Romanus noui operis nuntiationem duobus Interdictis defendit. primum eſt, quando ait, *quem in locum nuntiatum eſt, ne quod nouum opus fieret qua de re agitur, quod in eo loco ante quàm nuntiatio miſſa fieret aut in ea cauſa eſſet vt remitti deberet, factum eſt, id reſtituas l. 20. in princ. de nou. op. nunt.* Atque hoc Interdictum cum ſit, merè rei reſtitutorium, tamen id, quod ad heredem peruenit, non tam Interdicto iſto, quàm actione in factum recuperari verius eſt *l. 20. §. 8. de nou. oper. nunt.* cuius juris non alia eſt ratio, quàm quòd hoc interdictum, licet perſonale ſit, *l. 1. §. 3. de Interdict.* tamen in

rem quia ſcriptum ſit, *l. 10. de nou. op. nunt.* in eo id, quod peruenit, ab herede recuperetur eodem modo, quo in actione reali *vid. l. 51. de Rei vindic.* Deinde ait prætor: *quem in locum nuntiatum eſt, ne quid noui operis fieret qua de re agitur ſi de ea re ſatiſdatum eſt, quod eius cautum ſit aut per te ſtet quò minùs ſatiſdetur quò minùs illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.* Alterum hoc interdictum eſt, & prohibitorium ne ædificans poſt ſatiſdationem prohibeatur opus perficere, cum pertineat ad decus vrbium ædificia non derelinqui *l. 20. §. 9. §. 10. de nou. op. nunt.* Vtrumq; interdictum eſt merè rei perſecutorium. vtrumque probatur ex eo, quod vtrumque interdictum perpetuò detur, & poſt annum etiam competat *l. 20. §. 6. & §. fin. de nou. op. nunt.* aliter quàm obtinet in actionibus ex delicto in dolum & pœnæ nomine conceptis *l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. auth. jud. poſſ. l. 35. de obl. & Act.* vid. *ſupr. libr. 1.* Scio, quoad interdictum prius, in alia eſſe ſententia Oldendorpium *3. claſſ. act. 7.* quaſi aliquid pœnæ in eo verſetur *juxt. l. 22. de nou. op. nunt.* non conſentio. Nam actor, quod in hiſce interdictis perſequitur, ſemper intuendum eſt, ſi ſcire laboramus, vtrum rem ſolam, an pœnæ nomine rem, quæ abeſt, perſequatur *vid. ſupr. in princ.* In interdictis hiſce actor nihil perſequitur, quàm meram rem, quæ ſibi abeſt. In priore abeſſe ei

videtur

videtur res, cuius priſtina facies aut ædificando aut detrahendo aliquid *l. 1. §. 11. de nou. op. nunt.* mutata eſt *fac. l. 13. §. 1. de v. Sign.* priſtina igitur iſta facies vt in priſtinum ſtatum reſtituatur dum petit actor, non pœnam vllam, id eſt, aliquid, quod ſit ſupra rem prout ea fuit, perſequitur. Multò minus in poſteriore interdicto actor pœnam aut aliquid pro pœna perſequitur, qui nudam operis perficiendi patientiam exigit *d. l. 20. §. 9. de nou. op. nunt.* ſi ea ſibi negatur & ita abeſt. Ita eſt. Edicere prætorem: *vim fieri veto.* Quid tum? in dolum delictúmue vt puniat, propterea interdictum hoc conceptum nō eſt, aut poſt annum non duraret *l. 9. in fin. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. auth. iud. poſſ.* vid. *ſupr. libr. 1. c. 17.* id quod ſecus eſt, *d. l. 20. §. fin. de nou. op. nunt.* aut vis facta hoc interdicto coërceretur. Quod etiam ſecus eſt. Quid ita? Vis ne fiat, hoc interdicto prohibetur. Vis facta aliis interdictis coërcetur. Ergo interdictum hoc prohibitorium minus pœnale eſt, quoniam nullo modo pœnale eſt. Magis pœnale videri poſſit interdictum prius, quaſi in reſtituendo opere in priſtinum ſtatum aliqua pœna verſetur. *arg. l. 22. de nou. op. nunt.* Ceterum hoc vt intelligatur, inter originem interdicti & perſecutionem rei, quæ in eo verſatur, ſi diſtinguatur, omnis quæ in eo difficultas eſt, tolletur facilè. In interdicto ex noui operis nuntia-

tione actor nihil pœnæ perſequitur, & Reus nihil pœnæ nomine ſoluere cōpellitur. Interim origo eius cū ex delicto eſt, origine tenus pœnale eſſe non deſinit eodē modo, quo omnes actiones ex delicto ſunt pœnales, *vid. ſupr. libr. 1. c. 16.* Atq; eò reſpicit Marcellus *in d. l. 22. de nou. op. nunt.* Quid ita? cui nouum opus nuntiatum eſt, ante remiſſam nuntiationem opere facto deceſſit *in d. l. 22.* qui proinde ſi adhuc dum vixiſſet, opus factum deſtruere Interdicto hoc compellēdus fuiſſet, reſtituta rei facie priſtina, *l. 20. in princ. de nou. op. nunt.* Quæritur nunc; an poſt mortem eius, qui ad deſtructionē facti operis, reſtitutionemq; iſtā tenebatur, heres eius ad idem teneatur, cum morte eius, qui nuntiauit, extinguatur nuntiatio *l. 8. §. 6. de nou. op. nunt.* nō morte eius, cui nuntiatū, Ratio dubitandi vt ſit, quod cum is, cui nouum opus nuntiatum erat, deceſſerit, non extinguatur noui operis nuntiatio. *d. l. 8. §. 7.* heres videatur cōpelli debere, vt nuntiationi defuncto factæ ſatisfaciat, maximè cum operis noui nuntiatio in rem fiat, non in perſonam, *l. 10. D. tit.* rem verò heres poſſideat. Ratio decidendi eſt; nuntiationem noui operis reſpectu eius, qui remiſſione non impetrata & opere contra nuntiationem facto deceſſerit, durare in re *d. l. 8. §. 7. l. 10 eod. tit.* ſed heredis perſonam, non grauare *d. l. 22.* Ratio rationis eſt, quod heres non ſit ſucceſ-

ſor

ſor delicti *l.6.de publ.iud.* ergo nec pœnæ, quæ verſatur in reſtituendo opere eius, qui contra Edictum ſeu nuntiationem fecit *d.l.22.* Quid ita? reſtitutio operis in eam faciem, in qua fuit, reſpectu defuncti, cui nuntiatum fuit, eſt pœna. Quoniam quod deliquit, hoc reſtituit. Idem in herede non eſt, quia contra Edictum nihil fecerit. Eaq; ratio eſt, quod interdictum hoc in perſona eius, qui deliquit, quoniam origine tenus pœnale ſit, pœnale fieri non debeat in perſona heredis qui non deliquit. Atqui heres ſi cogeretur ex delicto defuncti reſtituere ædes à defuncto contra nuntiationem nullaque impetrata remiſſione factas, eo ipſo pœnam pateretur. Ac quidem non tam ſola ratione ſumptuum *l.37. de damn. infect.* aut laboris in deſtructione impẽdẽdi, quàm ipſius delicti, ex quo reſtituere opus cogeretur, quod non fecerat: plane eodem modo, quo omnes actiones ex delicto, quatenus ex cauſa pœnali deſcendunt reſpectu Rei pœnales nõ abſurdè appellari defendimus. Aliud quàm eſt reſpectu pœnæ aut rei quam iis perſequendi jus datum actori *vid. ſupr.libr.1.c.17.* Interdictum, de quo loquimur eſt merè rei perſecutorium. Quòd ſi autem Aduerſarium noſtrum ſequeremur, inde efficeretur, in ſolidum aduerſus heredẽ id competiturum. Non eſt ita: debet heres duntaxat patientiam deſtruẽdi operis aduerſario præ-

 ſtare

ſtare *d.l. 22.de nou.op.* Quoniã poſſidet, & contra Edictum non fecit *fac. l.16.§.2. Quod vi aut clã.* deindè ſi quid ad eum peruenit, aut dolo malo factum ſit, quò minùs peruenerit *l. 20. §. 8. D. tit.* Aliter ſi juris foret, veluti, cum aliquid aut nihil ad eũ ex delicto defuncti peruenit, ſi ſolidum nihilominus actor perſequi admitteretur, pœnam etiam ex delicto defuncti perſequeretur, quatenus heres plus dare cogeretur, quàm ad ſe ex delicto defuncti peruenerit. Atqui heres in pœnam non ſuccedit *d. l. 22.* Tantum abeſt, vt pœnam præſtet præſtando patientiam deſtruendi operis, aut pœnam actor accipiat accepta iſta deſtruendi operis licentia *in d. l. 22.* Licentia, inquam, diruendi operis, quæ me mouet, vt eò pertinere exiſtimem *l. 20. D. Commun. diuid.* Quid ita? Qui vetante prætore fecit, hic aduerſus Edictum feciſſe propriè dicitur *l. 102. de Reg. jur.* In Interdicto ex noui operis nuntiatione, qui nulla impetrata remiſſione contra nuntiationem ædificat, vetante prætore ædificat, & ſic propriè contra Edictum facit *in d. l. 22.* Iam autem contra Edictum iſto modo facere, eſt delictum facere. Quòd ſi ita eſt, ſiue legatur in *d. l. 20.* ad *delictum reſponderit*, ſiuè *ad Edictum* conſtat ſententia; fundo inter duos communi, ſi ob opus nouum nuntiatio vnum teneat (veluti cum ex alterius voluntate opus factum non-

eſt

eſt) eum in ſolidum obligari, qui contra Edictum prætoris fecerit *l. 18. de nou. op. nunt.* ideoque motu judicis vt fieret exſecutio noui operis *fac. l. 19. de nou. op. nunt.* ſi villa, quæ contra nuntiationem factam ædificata ſit, diruta fuerit, vt priſtina loci facies reſtitueretur, tale & materiæ corruptæ & arbuſtorum, (ſi quæ ſucciſa fuerint ab vno iſto ſocio eo in loco vbi villa ab eo ædificata erat, quæ nuntiatione noui operis ſuperueniente minus ædificari debuiſſet) detrimentum ſocio, qui in nouum opus non conſenſerat, judicio communi diuidundo præſtari debere *juxt. d. l. 20. D. Comm. diuid.* Profectò hæc ſententia magis adhuc arridet, quàm quæ extat in noſtris Membranis *5. libr. 11.* dies docet diem.

CAP. XIV.

Nuntiato nouo opere, jus ædificandi in loco publico etiam repromiſſione facta interdicto prohibitorio non defendi, antequam de jure appareat; explicata l. 20. §. 13. de nou. oper. nunt.

DE interdicto reſtitutorio in nouis operibus, eiuſque natura diſputatum eſt, è re fuerit perſequi nonnulla, quæ pertineant ad interdictum prohibitorium; ne quis prohibeat facere volentem eum, qui ſatiſdedit, cum pertineat ad decus vrbium ædificia non derelinqui *l. 20. §. 10. de nou. op. nunt.* Enimuerò

ſi quis

ſi quis vult poſt opus nouum nuntiatum impune ædificare, offerre debet ſalis nuntiatori. Quòd ſi fecerit, vtrique conſultum eſt tam ei, qui nuntiauit, quoniam cautum habet de opere reſtituendo quàm ei, cui nuntiatum eſt, quia molitio eius nō impeditur. Antequam enim caueat, quicquid ædificauerit, interdicto reſtitutorio deſtruere compellitur *l. 21. §. 1. de nou. op. nunt.* Sed quæritur, ſi repromiſſum duntaxat fuerit, non ſatiſdatum: vtrum Interdicto iſti prohibitorio locus ſit; ac quidem ceſſare eo caſu interdictum iſtud generaliter ſcriptum non eſt *in d. l. 20. §. 13.* Quid enim is, cui nuntiatum erit, cum ſatiſdederit, repromiſeritue, perinde eſt, ac ſi operis noui nuntiatio omiſſa eſſet, *l. 5. §. 17. D. de nou. op. nunt.* ſatiſdederit, inquam, de eo opere, ex cuius nuntiatione oportet ſatiſdare: repromiſerit de eo opere, ex cuius nuntiatione contentus eſſe debeo nuda repromiſſione. Quemadmodum igitur ſatiſdetur & repromittatur? namque de eo opere, quod in priuato factum erit, ſatiſdatio neceſſaria eſt: de eo, quod in publico factum erit, repromitti oportet *l. 1. §. 6. de ſtip. præt.* Atque ita cautio iſta non tantùm, ſed & repromiſſio iſta loco remiſſionis eſt *d. l. 5. §. 17. l. 8. §. 4. de nou. op. nunt.* Iam verò quòd ſi nuntiatio eſt, quid dicemus; an interdictum iſtud prohibitorium competiturum ei, qui repromiſit, ſi

quis

quis prohibeat eum facere nouum opus, quod voluerat facere *juxt. d. l. 20. §. 10. de nou. op. nunt.?* adfirmat Antonius Faber *3. conіect. 8.* contrarium reſpondit Vlpianus: nimirum ei, qui ſatiſdedit, iſtud interdictum competere, *d. l. 20. §. 12.* ei, qui repromiſit, non item *d. l. 20. §. 13.* Vlpiano adſentior; cum neque obſcura ſit ratio, cur ita reſponderit. Repromitti Vlpiano auctore oportet de eo opere, quod in *publico* loco factum erit *d. l. 1. §. 6. de Stip. præt.* in publico ædificare non permittendum fuit, priuſquam appareat, quo jure quis ædificet *d. l. 20. §. 13.* ratio rationis eſt, quòd alioquin jure contrario poſito, quotiens in publico ædificare quis vellet, ſuperuacua foret operis noui nuntiatio, vtpote quæ repromiſſione factâ toties eluderetur, quoties remiſſionis impetrandæ neceſſitas eâdem repromiſſione facta, ipſo jure remitteretur, *juxt. d. l. 5. §. 17. de nou. op. nunt.* Quid ita? qui ſuo nomine promittit, repromittere dicitur: qui alieno nomine promittit adhibito fideiuſſore promittit, & ſatiſdare dicitur *d. l. 1. §. 6. de Stip. præt. l. 7. de damn. inf.* Hinc pro eo opere, quod in publico ædificare paras, dum tibi nuncio, alieno jure tibi nuntio opus non meo; eaque cauſa eſt, cur tanquam alieni juris petitor, repromiſſione contentus eſſe bebeam *l. 8. §. 6. de op. nou. nunt.* non ſatiſdatiónem exigere *d. l. 1. §. 6. de Stip. præt.* Quid enim

alieni quaſi juris petitori repromittere adhuc multum eſt, ſatiſdare contra rationem eſſet. Quantò minus tolerandum repromiſſione facta, vt in alieno ædificandi jus ædificaturus adquireret. Atqui tale jus ei adquireretur, cui facta repromiſſione interdictum iſtud non negaretur ad prohibendum, quo minùs ædificare vetetur. Plane vt juſtiſſima exceptio ſit, qua non permiſſum fuit in publico ædificare etiam facta repromiſſione, priuſquam appareat; quo jure quis ædificet, *juxt. d. l. 20. §. 13. de nou. op. nunt.* Securùs quidem eſt, qui, ne in priuato fieret opus nouum, nuntiauit, poſteaquam ei cautum eſt, *d. l. 20. §. 11.* Minùs ſecurus eſt, qui, ne in loco publico fieret opus nouum, nuntiauit; poſteaquam ei repromiſſum eſt. Sed debet minus eſſe ſecurus, quandoquidem alieno jure nuntiauerit, non ſuo *l. 8. §. 3. de nou. op. nunt.* ſed ſatis ſecurus eſt. Quandoquidem pro jure quodam modo alieno repromittere aduerſarium præſtet, quàm dimittere. Atat repromiſſio eſt ſpecies, aut pars ſtipulationis *l. 1. §. 8. de Stipul. pr. l. 11. in fin. de damn. inf.* Stipulatione pactioneue priuatorum locis publicis non poteſt præiudicari. Ergo facta repromiſſione interdicto prohibitorio jus ædificandi in loco publico tueri non poſſis *juxt. d. l. 20. §. 13.* Aut litigatorum pactione locis publicis præiudicaretur. Ne nouum opus in publico fiat,

vt nuntiare poſſis, publicè vtile eſt, priuatim & tibi vtile eſſe poteſt; vt autem facta deinceps repromiſſione nuntiationem remittere poſſis, non inutile eſt quoniam per repromiſſionem publici juris tulela conſeruata ſit, *arg. l.1. §. 16. de op. nou. nunt.* Atat publicè inutile eſſet, ſi legiſlator propterea prohibitorio Interdicto ædificationem in publico tueri non grauaretur, priuſquam appareat, quo jure toleraretur *fac. d. l. 20. §. 13.* Non igitur mirum, nedum falſum, ſed veriſſimum eſt, quod Vlpianus ait, *ſi is, qui in publico ædificat, repromiſerit, eum non* poſſe vti interdicto iſto prohibitorio, de quo agitur *in d. l. 20. §. 13.* priuſquam appareat, quo jure ædificet. Quid audio, non putant defendi poſſe ſententiam *d. §. 13.* ac ſi nihil interſit, an qui in publico ædificat, repromittat, an qui in priuato, ſatiſdet *l. 5. §. 17. de nou. op. nunt.* prætoris Interdictum, quo vim fieri vetat ei, qui pro opere facto in loco priuato ſatiſdedit, ad eum quoque protrahi debeat, qui ratione operis in publico facti repromiſit: vt non magis huic, quàm illi vim facere liceat, quò minus coeptum opus perficiat. Non adfabrè: Idem quidem effectus eſt repromiſſionis, quæ ſatiſdationis, quatenus per vtramque efficitur, vt miſſa fiat nuntiatio *juxt. d. l. 5. §. 17.* non ſanè vt inde efficiatur, ergo per omnia idem jus, & in ſpecie idem inter-

interdictum prohibitorium, de quo loquimur, repromittenti competere, quod in gratiam eius, qui ſatiſdedit pro ædificatione in loco priuato introductum eſt *in d. l. 20. §. 9.* Quotiens leges aut ſenatuſconſulta conſtitutioneſque principum per operis noui nuntiationem tuemur, cauſam publicam defendimus *d. l. 5. §. 9. de nou. op. nunt.* non minuimus. Qui docent ex miſſa iſta nuntiatione repromittenti interdictum, de quo agitur, permittendum eſſe, minuendæ cauſæ publicæ authores ſunt non defendendæ. Neque ædificanti in publico non magis vim faciendam, quàm ædificanti in priuato. Quid tum? deficiente iſto interdicto vtendum interdictis aliis *l. 20. in fin. D. Quod vi aut clam. conf. l. 1. §. 1. de nou. op. nunt.* Tum etiam moueri non debuiſſent ex eo, quaſi, cum Interdicti verbis nihil de loco publico dicatur; incongrua & parùm adcommodata videatur ratio illa, *neque permittendum fuit in publico ædificare &c.* Quorſum, inquiunt, *in publico?* Errata ſunt ingenii necdum eo tempore defæcati: tolerare quidem quæ mallemus, quàm tollere, ſi ab authore tollerentur. Vlpianus ait, ſi ſatiſdatum non eſt, ſed repromiſſum, interdicto huic locum non eſſe *in d. l. 20. §. 13.* Repromittitur autem de eo ſolo opere, quod in publico factum erit, *l. 1. §. 6. de ſtipul. præt.* adhuc feremus de ædificatione in publico non

agi

agi *in D.* §. *13.* poſita vtique repromiſſione, fieri non poteſt hac in materia, vt non vnà ponatur ædificatio futura in publico *d. l. 1.* §. *6. l.* 8. § *.de nou. op. nunt.* Atqui deciditur *in d.* §. *13.* interdicto prohibitorio non eſſe locum, ſi duntaxat repromiſſum eſt, non ſatiſdatum. Scilicet, emendetur locus, & pro in *publico* legamus *in eo loco.* vt ab interdicti verbis non diſcrepet *d.* §. *13.* Immo ſicuti exceptio à regula, quam confirmat in caſibus nõ exceptis, ſegregari, ita *d.* §. *13.* ſeparari debet ab interdicto, de quo agitur *in d. l. 20.* § *.9.* Aut potius regulæ ſint diuerſæ. Interdictum vt accepiatur, cum ædificatio futura eſt in priuato, *vid. d. l. 20.* §. *9.* interdicti ceſſatio, cum ædificatio futura eſt in publico *iuxt. d. l. 20.* § *.13.* Ac certè ita eſt; interdicto vt non ſit locus, niſi cum ſatiſdatum eſt *d.* §. *9.* Satiſdatur autem de eo ſolo opere, quod futurum eſt in priuato *l. 1.* §. *6. de Stip. præt.* Quòd ſi ita eſt, faceſſat lectio temeraria *in eo loco.* Quippe quâ ſubſtituta in omni loco, ſiue priuato ſiue publico repromittendum præſupponeretur, & per conſequens neutro loco permittendum ædificare, priuſquam appareat, quo jure quis ædificet, *contra d. l. 20.* §. *13.* Tum etiam inter ſatiſdationem & repromiſſionem non diſtinguendum *contra l. 1.* § *.6. de Stip. præt.* Atqui de ædificatione futura in priuato repromitti non ſufficit, ſed debet ſatiſdari *d. l. 1.* §. *6. de*

 Stip.

Stip. præt. Tum etiam interpoſitâ ſatiſdatione ædificatio incepta in priuato per interdictum iſtud defendi debere vtile viſum fuit, etiam prius quàm appareat, quo jure ædificetur, *d. l. 20. §. 9. §. 10. §. 11.* aliter quàm interpoſita repromiſſione pro ædificatione futura in publico *iuxt. d. §. 13.* vtpote ad quam defendendam interdictum iſtud prohibitorium non pertineat *iuxt. d. §. 9. D. §. 13.* Multò minus vt ferenda ſit explicatio, qua verba iſta, *prius quàm appareat quo iure quis ædificet* accipienda, eſſe voluit, ac ſi ſcriptum eſſet, *priuſquam ſatiſdatum ſit.* Quaſi verò, *iure ædificare* vel *non iure,* ſit idem, quod *ſatiſdare.* Inaudita ſunt. Tum vbi ſatiſdatum fuerit, nondum apparet, quo jure quis ædificet. De ædificatione futura in publico, agitur *in d. l. 20. §. 13.* pro ædificatione futura in priuato ſatiſdatur; pro ædificatione futura in publico repromittitur: pro illa non ſufficit repromiſſio, pro hac non eſt exigenda ſatiſdatio. Quid ita? de opere, quod in publico loco futurum, alieno jure contendo, non meo, & tanquam alieni juris petitor repromiſſione contentus eſſe debeo *l. 8. §. 3. de nou. op. nunt.* de opere, quod in priuato loco futurum, priuato eique ſuo jure nouum opus nuntianti ſatiſdandum eſt, aut ante impetratam remiſſionem non ædificandum *d. l. 8. §. 2.* Ratio rationis eſt, quod in priuato loco ædificaturus, cui nouum opus nuntiatum, ſi, (ante-

(antequam cognoſci poſſit, vtrum jure nuntiatio facta,) ab opere faciendo ſuperſedere interim minus ei integrum; nuntiantem teneatur reddere ſecurum ſiue jure ædificaturus ſit, ſiue non jure. Quod poſterius præſtari non poſſit, niſi ſatiſdatione præſtita. Quandoquidem alieno etiam nomine iſto caſu caueatur, neceſſe ſit, quo caueri debet, etiam ſi appareat nullo jure ædificatum. Atat qui alieno nomine cauent, ſatiſdant *d. l. 1. §. 6. de Stipul. prat.* In contrarium, ædificaturus, cui nouum opus ex cauſa publica nuntiatum, quoniam ab onere ſatiſdandi releuatur, ne nuntianti opus nouum alieno jure, non ſuo, idem jus tribueretur, quod ſuo nomine nuntianti competit, *l. 8. §. 3. de nou. op. nunt.* ideo vtut repromiſerit, jus ædificandi non eò magis habet, antequam appareat ædificandi jus juſtè eum habere *juxt. d. l. 20. §. 13.* aut cauſæ publicæ per nudam iſtam repromiſſionem, fieri non tantum poſſet, vt præiudicaretur, verum etiam contingeret, vt à nuntiante ex cauſa publica & ſic jure alieno, non ſuo jus ædificandi adipiſceretur, ſi interdicto prohibitorio vti ei permitteretur. Atqui nemo poteſt plus juris ad alium transferre, quàm ipſe habet. Nuntians ex cauſa publica, ne ædificetur in publico, jus ædificandi, quod transferret, nullum habet. Ergo prudenter prudentes ſtatuêre, ne ob præſtitam nudam repromiſ-

ſionem Interdicto prohibitorio ædificatio-nem in publico quis tueri poſſit; quam nondum appareat juſtè ab eo adquiſitam. Aut vnde poſſeſſionem ædificandi in publico prætenderet? Is, qui nuntiauit nouum opus, ne in público fieret, poſſeſſorem conſtituere (vtut omiſſa nuntiatione) eo ipſo non potuit ædificatorē. Aut in publico vnde ei jus tale? Quòd ſi autem facta à repromiſſione ædificatori Interdicto prohibitorio ædificatiónem ſuam in publico contra vim quamcunque defendere permiſſum fuiſſet *juxt. d. l. 20. §. 13.* fieri non poſſet, quò minus eo ipſo poſſeſſor loci publici non conſtitueretur facto alicuius priuati. Quod ipſum permittendum non fuit. Plane vt diuerſa ſit ratio hac in re inter ædificaturum in publico, & ædificaturum in priuato. Illi etiam, cū repromiſerit, nondū permiſſum eſt ædificare, antequam appareat jure eum ædificare *juxt. d. l. 20. §. 13.* Huic non ſolum licere debet ædificare, ſi ſatiſdederit, ſed & interdicto prohibitorio ædificatum exinde tueri *juxt. d. l. 20. §. 9.* Quoniam poſt interpoſitam ſatiſdationem poſſeſſor eo ipſo conſtitutus ſit *l. 7. §. 2. Quod vi aut clam.*

CAP.

CAP. XV.

De natura interdicti Quod vi aut clam, & aduerſus heredem quatenus tranſeat : per occaſionem actione annua de ſuppreſſis tabulis exhibendis ab interdicto de Tabulis exhibendis ſeparatâ: illuſtrato exceptionum aduerſus interdicta proponendarum modo : explicatâ l. 12. de precar.

ANte remiſſionem nuntiationis, qui, contrà quàm prohibitus fuerit, opus nouum fecerit, duobus interdictis tenetur; vno, quod ex noui operis nuntiatione competit. Altero, *Quod vi aut clam l. 7. §. 2. D. Quod vi aut clam.* De priore actum hactenus: de poſteriore non deſunt, quæ merentur iis adiici. Primore igitur loco ſciendum eſt, interdictũ hoc eſſe prætore auctore introductũ *l. 1. in princ. D. tit.* oriri verò & acquiri ex facto delinquentis *l. 3. D. tit.* delinquere tam eum, qui jus faciẽdi habuit, quàm eum qui non habuit: vtrumq; interdicto teneri propter quod vi aut clã fecit. Tueri enim jus ſuum debuiſſe vnũmquẽque, nõ iniuriã cõminiſci *l. 1. §. 2. D. tit.* Quid ergo, per interdictum hoc occurſum eſt calliditati eorum, qui vi aut clam quædam moliuntur: jubentur enim ea in priſtinum ſtatũ reſtituere *d. l. 1. §. 1.* ſin nequeunt, præſtare, æſtimata lite, quanti Actoris intereſt, id opus factum eſſe,

l.15.§.7.D.tit. In ſumma diſcimus merè rei perſecutorium eſſe hoc interdictum, ſiue petierit actor, vt opus in priſtinam cauſam reſtituatur, ſiue placuerit petitori, aut ea operis in priſtinum ſtatum reſtituendi difficultas fuerit, vt ad litis æſtimationem decurratur, *fac. l.21.§.4.d.l.15.§.7. Quod vi aut clam.* neque id diffitentur 77.*dec.err.*5. Vnde ſi quis alia actione fuerit conſecutus id, quod interfuit opus non eſſe factum, ſeu, quod idem eſt, litis æſtimationem conſequens erit dicere, ex interdicto hoc nihil eum conſequi oportere *d.l.1.15.* §.12. Argumentum, ex quo probetur nec id, quod intereſt nec aliud quippiam pœnæ loco hic præſtari, *vid.ſupr.c.12.* multò minus vt petitor pœnæ loco aliquid perſequatur. In heredes ceteroſque ſucceſſores interdictum hoc non datur, niſi in quantum ad eos peruenerit *l.15.§.3.D.tit.* Quid tum? *pœnale*, inquiunt *d.loc.eſt ex parte Rei.* non recte: Siquidem omnium ex delicto actionum exceptis merè pœnalibus, iſta natura eſt *vid. ſupr. libr.1.* Sed poſt annum etiam non competit *d.l.15.§.3.* ne aliud in eo, quàm in interdicto *vnde vi* conſtitueretur. *vid.ſupr.c.x1.* In idem delictum conceptum eſt vtrumque, & eodem igitur modo pœnæ nomine introductum. Cuiuſcemodi actionum iſta proinde ſit natura, vt intra annum competant, vix vltra *vid.ſupr.libr.1.c.17.* vix, inquam, reſpectu

huius

huius interdicti; in quo tam atrox vis, quàm in interdicto *vnde vi* quoniam nõ coërceatur, ferè eſt, vt ideo opiner, annuã iſtã exceptionẽ in hoc interdicto causâ cognitâ remitti poſſe in multis caſibus *d. l. 15. §. 5. & 6. D. Quod vi aut clã.* in quibus verò minus remitti poſſit; aliud judicium nõ denegari. Veluti Antæus ait: *ſi is, qui opus fecerit, potentiori vendiderit prædium, quatenus deſierit Dominus eſſe, agẽdum cum eo Quod vi aut clã. Quod ſi annus præterierit, de dolo judicium dandum l. 14. de Aq. & Aqu. pluu.* Quod ipſum haud inſolens vidêri debere ſuadeã. Enimuerò ſic *Edicto perpetuo cauetur vt ſi tabulæ teſtamẽti non appareant, de earum exhibitione interdicto reddito, annum agi poſſit, quo ad exhibendum compellitur, qui ſupprimit.* Paul. *4. ſent. tit. 7.* Quid ita? Cum quis fatetur penes ſe eſſe tabulas teſtamenti, jubendus eſt vi Interdicti *de Tabulis exhibendis* eas exhibere: & tempus ei dandum eſt, vt exhibeat, ſi non poteſt in præſentiarum exhibere. Sed ſi neget ſe exhibere poſſe, vel oportere, doloue malo fecerit, quò minus penes eum tabulæ ſint, Interdictum *de Tabulis exhibendis* competit *l. 1. in princ. l. 3. §. 6. de Tab. exhib.* Nec præiudicatur aliquid *legi Corneliæ teſtamentariæ, quaſi dolo malo teſtamentum ſuppreſſerit. Nemo enim ideò impunè retinet tabulas, quod maius facinus admiſit, cum exhibitis tabulis admiſſum eius magis manifeſtetur d. l. 3. §. 6.* Ac ſi diceret Vlpianus, tabulas ſupprimere

eſt maius facinus, quàm nolle exhibere eas quas penes ſe eſſe confiteatur, aut dolo fecerit quo minus apud ſe eſſent, proinde vi Interdicti de *Tabulis exhibendis* vbi tabulæ fuerint exhibitæ, ſi inde manifeſtetur maior ſuppreſſarum tabularum falſitas, eam ex *lege Cornelia* teſtamentaria nihilominus coërceri poſſe, vtut interdicto de *Tabulis exhibendis* actum fuerit ſemel. Quid ita? per interdictum de *tabulis exhibendis* petitur, ut tabulæ exhibeantur, quæ apparent & non negantur eſſe penes eum, qui conuenitur *l. 1. in princ. & §. 1. l. 3. §. 6. in fin.* ibi *ſi non ſupprimendi de Tab. exhib.* Ex *lege Cornelia* agitur, vt tabulæ exhibeantur, quæ cum non apparerent, penes quem eſſent, ſupprimendi animo vel conſilio amotæ erant, & dolo malo celatæ ab eo, contra quem agitur. *d. l. 3. §. 6.* Iul. Paul. 4. *ſentent. 7.* Atque eò pertinet ſollicitudo Vlpiani ſuper differentia inter Interdictum de *Tabulis exhibendis* & accuſationem ex *lege Cornelia*, ne per interdictum legi Corneliæ teſtamentariæ præiudicaretur *in d. l. 3. §. 6.* differentia, quâ obſeruatâ ecquid facilius, quàm vt dicamus, Interdictum *de Tabulis exhibendis* & poſt annum competere *juxt. l. 3. §. 16. D. de Tab. exh.* Tum etiam interdicto reddito fruſtrà: eoquod non appareret, tabulas penes eum fuiſſe, qui conueniretur, adhuc intra annum ex lege Cornelia teſtamentaria contra

eum

eum agi poſſe qui eas ſupprimat, idque remedii loco, vt & is ad exhibendum compellatur. Interpretatio, quam Paulus *d. 4. libr. ſentent. tit. 7.* tractans de lege Cornelia prout ex *titulo* iſthic probatur non admittat minùs, quàm interdicto *Quod vi aut clam* intra annum qui vti neglexerit, cum ad actionem de dolo admitti ſufferimus *juxt. d. l. 14. de Aq. & aq. pluu.* ac quidem in tranſitu id notandum erat, vt per occaſionem hîc Jacobi Cuiacii emendationem *in comm. ad* Paul. *D. loc. & is obſ. 28.* & Johannis Roberti conciliationem *1. recept. lect. 29.* recuſaremus. Sequitur nunc porro, vt excipiamus, aut potius explicemus exceptionem vnam atque alteram, quæ contra Interdictum *Quod vi aut clam* admitti vulgo ſoleat. Ad eas igitur vt deſcendatur, præmittendum: de omnibus ferè rebus olim conceptas fuiſſe formulas Cicero pro Roſcio Comœd. *Fraudabat te in ſocietate Roſcius? ſunt jura, ſunt formulæ de omnibus rebus conſtitutæ, ne quis in genere iniuriæ aut ratione actionis, errare poſſit &c.* vid. Franciſc. poll. *5. for. Rom. hiſt. 4.* multò minus vt de interdictis nullæ extiterint formulæ. In interdictis prætor edicebat & decernebat. Quis negat? Quæſtio poſſeſſionis ſi quæ cauſæ cognitionem deſiderabat per præceptum regium expediri non poterat. Sic de iſta etiam ordinariè agebatur. Vnde Frontinus, *de poſſeſſione*, in-

quit, *per interdicta, hoc eſt, jure ordinario litigatur.* Ordinariè litigabatur, cum prætor vel magiſtratus judicem ordinabat certa ſub agendi formula liti decidendæ *l. 75. de jud. l. 15. §. 8. l. ſeq. de Re judic.* etiam in interdictis. vid. Frider. Mindanum *de interdict. comm. 2. num. 51. 57. & 59.* contra Iacob. Cuiacium. *C. de interdict.* vulteium *in ſua juriſpr. eod. tit. num. 12. & ſeq.* Robertum *3. ſent. 19.* Quos ſecutus videtur vir præſtantiſſimus *77. decad. err. 3.* dum ait nullum in exercendis interdictis formularum vſum fuiſſe. Quinimo formula interdicti. *vnde vi* ea fuit. *Vnde tu illum vi deieciſti, eò reſtituas*: actionis hæc: *ſi paret eum dare oportere vid.* Cuiac. *5. obſ. 7.* Gothofr. *ad Rubric. D. de interdict.* præterquam quòd fruſtra *in fin. Inſt. de interdict.* dixiſſet imp. ſuperuacuum eſſe de ordine interdictorum hodie dicere, ſi nullus formularum vſus in iis fuiſſet. *Quotiens extra ordinem* inquit, *jus dicitur (qualia ſunt hodie omnia judicia) non eſt neceſſe reddi interdictum.* locus, qui probat, quotiens juxta veterem judiciorum ordinem jus dicebatur, neceſſe fuiſſe reddi interdicta. Atqui vetus iſte judiciorum ordo formularum dictamine judiciſque datione potiſſimum expediebatur. Hinc hodie in cauſis poſſeſſoriis perinde judicatur *ſiue interdictis*, id eſt, *interdicendi formulis* ac ſi vtilis actio ex cauſa interdicti reddita eſſet *in fin. Inſt. de interdict.* Vtilis actio certæ formulæ

nunquam

nunquam adſtricta fuit *l. 47. in fin. D. Negot. geſt.* Neque, qui hæc non ignorant, adducentur vnquam, vt differentiam iſtam approbare volent, quâ idem vir doctiſſimus *d. loc.* modum proponendarum exceptionum alium fuiſſe ſibi imaginatur, quàm qui frequentaretur contra actiones. Quaſi exceptiones, quæ contra Interdictum obiiciuntur, ab eo, qui conuenitur, opponi tantùm conſueuerint, non à prætore poni in formula actionis dictandæ, ſicuti exceptiones illæ, quæ contra actiones proponuntur. Atqui contra hæc jam comprobatum eſt, ſuum ſuarum formularum vſum fuiſſe in Interdictis, neque alio ordine reddita fuiſſe quàm judicia ordinaria. Quòd ſi ita eſt, quid ni exceptiones eodem modo aduerſus interdicta propoſita fuiſſent, quo aduerſus actiones obiici eas in more poſitum. Iudicium tam in Interdictis quàm ad expediendas actiones aut purum, aut cum exceptione ordinabatur, Cicero *libr. 2. de Inuentione*: *is, qui agit*, inquit, *iudicium purum poſtulat, ille qui cum agitur exceptionem addi ait oportere* Idem pro Cecinna. *Publ. dolabella prætor interdixit, vt eſt conſuetudo, de vi hominibus armatis ſine vlla exceptione, tantum vt vnde deieciſſet, reſtitueret, vid.* fran. pollet. *d. loc.* Sane ita eſt, actionem actor qua vti conſultum videbatur, ſicuti à parte ſua prætori proponebat, ita Reus à parte ſua ſuam exceptionem addi poſce-

poſcebat, ſi quam habebat. Actionem deinceps ſicuti prætor dabat, ſi danda foret, aut denegabat, ſi denegenda: ita actioni datæ exceptionem à Reo oppoſitam includebat, ſi ab æquitate non abhorrebat, aut actione puré datâ exceptionem denegabat, ſi exceptionem minus fundatam animaduertebat. Atque iſte procedendi modus tam in proponendis exceptionibus aduerſus Interdicta, quàm aduerſus actiones vnus fuit & perpetuus nedum vt alius in Interdictis fuerit, alius in actionibus. vno modo proponebantur à prætore in judicii dati formula *iuxt. l. 30. de Rei vindic.* cum non reiiciebantur. Similiter non recipio diſtinctionem, quaſi exceptiones, quæ actionibus obiiciuntur, ſemper actionem competentem ſupponant, quæ ope exceptionis excludatur, quæ verò contra interdicta obiiciuntur, quoties tam juſtæ ſunt, vt admitti debeant, ipſo jure interdicta tollant. Hæc diſtinctio extat *d. 77. decad. err. 3.* nulliſque probationibus probata eſt; & recte improbabilis eſt, quia intolerabilis. Quid enim interdicta actionis nomine continentur *l. 37. de obl. & Act.* In vtriſque proinde obligatus non videtur, qui exceptione ſe tueri poteſt *l. 112. de Reg. jur.* in vtriſque nihil intereſt, actionem prorſus non habere vel talem, quæ per exceptionem repellatur *l. 7. §. 14. in fin. Ex quib. cauſ. in poſſ.* idemque hic effe-

ctus

ctus eſt, eademque quid ni & liberationis forma, vt qualis forma debitorem liberat ipſo jure in actionum jure, talis ipſo jure liberet Reum in interdictorum jure; & econtra vt qualis forma ope exceptionis liberat in actionum jure, talis etiam talem liberationem in interdictis efficiat. At, inquiunt alium eſſe qui dat actionem & formulam, eum eſſe prætorem: alium verò, qui actorem ſummouet & repellit, eum eſſe judicē datum. Quaſi verò non eâdem formâ prætor interdicta expedierit *vid. ſupr.* vtinam in hiſce & aliis ponendis vel minimam poſuiſſent probationem, antequam tam audacter os in cœlum, quod dicitur, poſuiſſent. Præſupponunt in interdictis vnum judicem, eumque prætorem fuiſſe, nullis eum formulis vſum in interdicendo, nunquam etiam dediſſe judices. Quæ omnia quàm male præſupponantur, jam abunde probatum eſt. Scilicet adhuc differentiis iſtis mouentur, vt Triboniani manum & inſcitiam ſibi videantur agnoſcere *in l. 12. D. de precar.* in illis verbis *nunquid exceptione adiuuādus eſt*. Quid ita? in exceptionibus inquiunt, quæ aduerſus actiones opponuntur, adiuuari Reum per eas, vt actio cudatur, ex qua Reus alioquin condemnaretur: per exceptiones contra interdicta non adiuuari Reum, quandoquidem non dentur à prætore, ſed admittantur. Quaſi verò per eas, quæ à prætore

à prætore admittuntur, Reus non adiuuari poſſit. Immo præſentius quid ni adiuuaretur? Ex ſententia aduerſarii in interdictis prætor ſolus cognoſcit & pronuntiat, *d. 77 decad. err.3.* Quod ſi ita eſt, Reus vtique admiſſa ſua exceptione præſentius à prætore adiuuari poteſt, quàm ſi ab eo detur, incluſaque actioni datæ ad iudicem vnà definienda remittatur. Vt non quæram, vnde habeant diſtinctionē inter exceptionis dationem & admiſſionem, nullo juris teſtimonio eam probant. Pro oraculo eam ſequuntur, quæ, miraculum eſſet, ſi ab alio arriperetur contra prudentes tam temere, *conſ. l. 1. §. 10. de nou. op. nunt. l. 7. §. 3. & §. 4. Quod vi aut clam.* Adhuc fundamento iſti ſoli innixi, mutare non dubitant *d. l. 12. de precar.* ac ſi malo loqueretur, ſi quis quæreret, vtrum in interdicto adiuuari exceptione aliqua Reus poſſit. Si placet audiatur Celſus. *Cum precariò aliquid datur, ſi conuenit, vt in Kalendas Iulias precariò poſſideat, nunquid exceptione adiuuandus eſt ne ante ei poſſeſſio auferatur. Sed nulla vis eſt huius conuentionis, vt rem alienam Domino inuito poſſidere liceat.* Hæc extant *in d. l. 12.* Quibus ecquid celſius ac elegantius? loquitur de exceptione conuentionis, prout ſcriptum *in l. 1. §. 10. de nou. op. nunt. conſ. §. 2. Inſt. de exc. l. 3. de Reſc. vend.* nam vtique ſi vis aliqua foret eius conuentionis, vt in Kalendas Iulias præcariò poſſideat, conuentio iſta

ad exceptionem adcommodatiſſima foret. Sed nulla vis eſt eius conuentionis, ac ſi diceret, adiuuari exceptione nullus poteſt, quæ nulla eſt. Prætetquàm quòd verbum exceptionis eâdem licentiâ in iſto Celſi loco pro pactione ſeu conuentione accipi poſſe videatur, quâ *exceptionem* aliquando prò *pactione* vſurpari obſeruarunt Petr. Faber. *3. ſemeſtr. 24.* Iac. Ræuardus *2. var. 13.* Hotomanus *12. obſ. 1. ex l. 7. §. 6. 43. de pact. l. 13. D. præſcript. verb.*

CAP. XVI.

De natura Exceptionis, Quod non tu vi & clam feceris *in Interdicto Quod vi aut clam: explicatâ l. 7. §. belliſſimè 3. D. Quod vi aut clam. defenſo Vlpiano, deprauatione recuſata.*

NOn cogimur interſerere hunc tractatum de exceptionibus aduerſus Interdictum *Quod vi aut clam.* Lubet tamen, ne cum damnamus plurima, eum ceu rectiùs explicatum approbaſſe videamur temerè. Tractat Vlpianus ex Iuliano *in l. 7. §. 3.* an agenti Interdicto *Quod vi aut clam* noceat exceptio, *Quod non tu vi aut clam feceris.* Vtputa vtor aduerſus te Interdicto *Quod vi aut clam*, an poſſis obiicere mihi eandem exceptionem, *Quod non tu vi aut clam feciſti* & aio

Iulianus

Iulianus *æquiſſimum eſſe hanc exceptionem dare. Nam ſi tu* inquit *ædificaueris vi aut clam, ego idem demolitus fuero vi aut clam & vtaris aduerſus me interdicto, hanc exceptionem profuturam. Quod non aliter procedere debet; niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſa. Alioquin hæc omnia officio judicis celebrari oportet.* Ac quidem Edicti formula cum ab actore proponeretur Reo. *Quod vi aut clam feciſti, reſtitue. fac. l.1. Quod vi aut clam.* excepturus Reus videtur reſpondere ſolitus: *reſtituam omne id, quod non tu vi aut clam feceris, reſtituam omne id, quod non iure meo receperim l.1. §.3. d.l.7. §.3.* Formula exceptionum notiſſima. *Si non vi nec clam nec precario feceris l.22. §.2. Quod vi aut clam. Si in ea re, qua de agitur, præiudicium hereditati non fiat l.1.D. famil erciſc. Si in ea re nihil metus cauſa factum eſt l.4. §. vlt. de doli exc. Si non voluntate creditoris fundus venit l. ſicut D. Quib. mod. pign. Quod præiudicium hereditati non fiat. l.13. vel prædio l.16. de except. vid.* Gothofr. *ad d. l.13.* Et tamen *77. decad. err. 4.* inuentus eſt, qui ex ratione latini ſermonis ferre recuſet, quæ Vlpianus & Iulianus verbis tam diſertis & aptis ſcripſerunt *in d.l.7. §.3.* Quid ita? Primum ait ſibi ſuſpectum eſſe, quod propoſitæ quæſtioni; An agenti interdicto *Quod vi aut clam* noceat exceptio hæc, *Quod non tu vi aut clam feceris,* ſubiungatur, quaſi exemplum valde neceſſarium, & ad rem magis elucidandam adcommodatum vtputa,

vtputa, *vtor aduerſus te Interdicto Quod vi aut clã, an poſſis mihi obiicere eandem exceptionem. Quod non tu vi aut clam feceris*, cum tamen nihil apertius, aut clarius aut ſpecialius aut diuerſum ſit in iſto exemplo, quàm in propoſita quæſtione. Ergone vapulent prudentes? iniuriè. Nam vtique eum, qui ante remiſſionem nuntiationis, contra quàm prohibitus ſit, opus fecerit, duobus Interdictis teneri docuerat Iulianus: vno, quod ex noui operis nuntiatione competit. Altero, *Quod vi aut clam d. l. 7. §. 2.* eòque reſpiciens Vlpianus, ait eo loco belliſſimè apud Iulianúm quæri, an hæc exceptio noceat in hoc Interdicto *Quod non tu vi aut clam feceris.* Non verò dubitaremus, de quo Interdicto ex duobus iſtis Interdictis & quomodo exceptio iſta eſſet intelligenda, ſubdidit exemplum clarum, quod nec minùs, quàm quæſtio propoſita ferebat elucidaret, explicaret. Exemplum, inquam, exceptionis contra Interdictum *Quod vi aut clam.* Exemplum igitur clarius & ſpecialius nominatâ Interdicti ſpecie, quæ ex duobus interdictis nondum nominata erat. Exemplum denique, fateor, non diuerſum. Siquidem fieri haud debeat, vt exemplum ſit diuerſum ab eo, cuius declarationi id deſtinaris. Nondum ſatisfaciunt prudentes, debuerant, ſcilicet, ex latini ſermonis proprietate ſcripſiſſe, *eam exceptionem,* non verò,

V prout

prout ſcriptum *eandem exceptionem*. Leuicula nimis cenſio. Prudentibus ego adſentio. Quippe *eandem* dixere exceptionem propterea, quòd eodem loco ſemel nominata jam fuiſſet, *eandem* etiam videri poſſunt dixiſſe exceptionem, quòd negatiuè eidem interdicto reſponderet, quo actor contra ſe vteretur veluti *Quod vi aut clã feciſti, reſtitue. Quod nec vi nec clam feceris, reſtituam.* Neque juſtior cenſio eſt, dum quod ſequitur, *& ait Iulianus æquiſſimum eſſe hanc exceptionem dare*, nihil minus quàm Iuliani eſſe judicat. Quid ita? Iulianum ait non de danda exceptione locutum, ſed de profutura: idque probari ex verbis Vlpiani, quæ ſequuntur *in d. §. 3.* Quaſi verò non detur exceptio, quæ proſit, & econtra, quæ proſit, eadem non detur. Quin faceſſat iſta diſtinctio de danda & admittenda exceptione *vid. ſupr. c. prox.* Exceptio, quæ alicui à legiſlatore datur, ea admittitur: & econtra quæ admittitur, ea datur. Idem eſt in juſdicẽte, vt ab eo quæ interdicto inſeratur, & judici dato vnà decidenda relinquatur, detur & admittatur non minùs, quàm definiente rem ipſo juſdicente, quæ Reo datur à prætore contra actorem, quoniam admittatur. Quæ quoque ratio eſt, cur Iulianus, dum antea dixerat, *æquiſſimum eſſe hunc exceptionem dare*, mox id explicet idem eſſe, ac ſi dixiſſet exceptionem hanc profuturam *in d. l. 7. §. 3.*

Sed

Sed ad rem: de verbis fuit hactenus pugna. nunc de re procedat diſputatio. Ea autem vt intelligatur, verus primum huius §. intellectus exponendus eſt, deinde, vbi impegerit Aduerſarius oſtendendum. Ac quidem clariſſima eſt ſentētia Iuliani, tum etiam deciſio Vlpiani *in d.* §.*3.* Sed Iuliani ſententia cum generalior eſſet, quàm deberet, prudentiſſimè ab Vlpiano deciſum eſt, eam non aliter procedere debere, niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſa, Alioquin officio judicis iſta omnia celebrari oportere. Quid clariùs? exordium à Iuliani quæſtione eſt. Deciſio Iuliani refertur, ſubnectitur eius deciſionis reſtrictio ab Vlpiano, quæ incipit ibi. *Quod non aliter procedere debet, &c.* Ratio dubitandi ſuberat contra Iuliani deciſionem, quòd in interdicto *Quod vi aut clam* parui referat vtrum Reus jus habuerit faciendi an non: ſed ſiue jus habuerit ſiue non, tamen teneatur Interdicto ad reſtituendum id, propter quod vi aut clam fecit: poſteaquam apud judicem tueri jus ſuum debuerit, non iniuriam comminiſci *l.1.* §.*2. Quod vi aut clam.* ideoque aduerſus vim vel quod clam à ſeſe factum eſt, nulla exceptione ſe tueri poſſit *d. l.1.*§.*3.* Ratio decidendi ſumitur ex deciſione Vlpiani, nimirum id quod æquiſſimum fuerit, hac in re ſequi licere ex magna & ſatis neceſſaria cauſa, idque officio judicis oportere

 declarari

eligenda. Huc inclinat Venuleius *in d. l. 22. §. 2.* dum eum, qui vi vel clam ad januam ſuam fixas, eodem modo refixiſſet tabulas, aut interdicto ſimul intentato ſuperiorem fore decidit, aut exceptionem ei profuturam, *Si nō vi nec clam nec precariò feceris*, ac ſi diceret, recuperādæ januæ ſuæ liberæ duplex via eſt, aut interdictum, aut exceptio *fac. l. 1. §. 4. in fin. D. vti poſſid.* proinde, prout ex cauſa leuiori, vel magis neceſſaria ei ſederit, alterutro iſto remedio Reum vel actorem fore, & ſuperiorem, vel Reum manſurum & non ſuccubiturum; *uxt d. l. 22. §. 2.* Quocirca dum ait Aduerſarius exceptionem iſtam non eſſe neceſſariam Reo, eoquod interdicto vti inuicem ei liceat, quid ni regeram juſtiùs, nec neceſſarium, nec tam vtile mihi fore interdictum, qui exceptione poſſim eſſe tutus, cum præſtet rē in ſuum ſtatum reſtitutam eſſe, quàm vt reſtituatur, interdicto perſequi. Tum etiam non requirit Vlpianus *in d. l. 7. §. 3.* vt cauſa omnino debeat eſſe neceſſaria, priuſquam exceptio proſit. Enimuerò quòd ſi *vi aut clam* factum in meo vi aut clam demolitus fuero ex magna & ſatis neceſſaria cauſa, admittit exceptionem profuturam *d. l. 7. §. 3.* non certè ex cauſa quâuis. Multò minus vt rationem aliquam dubitandi patiar ſumi ex comparatione belli cum exceptione, quaſi ſicuti illud neque pium neque juſtum eſſe

 poſſit,

poſſit, niſi ſit neceſſarium, ita nec exceptio vlla juſta haberi debeat, quæ non ſit neceſſaria. Comparatio quæ extat *77. decad. err. 4.* profectò nimis remota. vi armata capere & rapere odioſum eſt & non permittendum à ſapiente in cauſa etiam juſta, niſi tentatis omnibus juſtiæ imploratio fiat fruſtra. Retinere autem id, quod habetur, fauorabile eſt. vt non dicam cum bello quod publicum eſt, conferri male exceptionem, quæ priuata eſt. Quin potius pro armis actionem demus coram judice acturo: exceptionem Reo ſe defenſuro. Adhuc huius fauor erit maior *l. 125. l. 154. de Reg. jur.* Neque diffiteor ab Aduerſario id admitti quoque, dum allata decidendi ratione reſpondet, multò magis exceptionem, ſiue aduerſus Interdictum, dandam eſſe ei, cui actionem damus, aut Interdictum *l. 1. §. 4. de ſuperfic.* Sed enim inde probari velim exceptionem iſtam, de qua loquimur, magis expeditam & neceſſariam fore, ſi cauſæ conſtitutio non repugnet, & ea vti liceat, quàm ſi electo interdicto experiamur. Quamuis & gaudeam, dum video reſponderi *d. loc.* cui damus actionem aut interdictum, multò magis dandam eſſe exceptioné, ſiue aduerſus actionem, ſiue aduerſus interdictum, ſi aut actione aut interdicto conueniatur. Scio, imprudenter iſta excidiſſe. Quid tum? veritas vóluit, vt loqueretur, quamadmodum juriſperito

rito

rito hac in materia loquendum: puto autem imprudenter eum ita locutum, quòd aliàs ſemper præfari ſoleat, exceptiones aduerſus Interdicta à Reo obiici, à prætore non dari aut poni in formula Interdicti. Sententia non digna, quæ ex mera cerebri coniecturâ citra probationem aut neceſſitatem quoque vllam ſuſcipiatur contra prudenres. Sententia quam veritatis charactere deleuimus *ſupr. c. prox.* aut ſi placet examinentur, in quibus ſe fundat, fundamenta. Bonum factum nulla habet aut vſpiam profert, quàm Edictis prætorum de Interdictis nullam vſpiam exceptionem cerni inſertam, veluti cum prætor ait, *Quod vi aut clam factum eſt, qua de re agitur id cum experiendi poteſtas eſt, reſtituas. l. 1. Quod vi aut clam.* non vult noſter vt contra iſtud interdictum exceptio concipiatur in ſecundam perſonam cum Iuliano, Vlpiano & venuleio *in d. l. 7. §. 3. l. 22. §. 2.* veluti *Quod non tu vi nec clam, nec precariò feceris*, Sed debuiſſe prudentes iſtos (cenſente Fabro) exceptionem iſtam concepiſſe in tertiam perſonam, veluti, *quod non vi nec clam nec precariò fecerit* is, qui experitur. ſi voluiſſent, à prætore exceptionem dari quæ contra interdictum detur, Verumenimuerò formularum iſtarum Antiquarum & antiquatarum, quarum plena conceptio plenè non nota, correctorem agere contra prudentes, magna imprudentia

eſt, præſertim tam leui ex cauſa. Prudentes aiunt paſſim in Interdictis exceptionem dandam eſſe, vt *in l. 1. §. 6. in fin. Ne quid in flum. publ. l. 1. §. 4. in fin. vti poſſ. l. 1. §. 10. de nou. op. nunt. l. 7. §. 3. §. 4. Quod vi aut clam l. 1. §. 4.* ibi *in factum data de ſuperf. l. 1. §. 16. de fluminib.* Noſter non vult ita eos locutos, ſed ex Triboniani inſcitia vult iſta eſſe ſuppoſitia *D. 77. decad. err. 4. & 5.* Quid non licet iſta in libris publicis, ſi feruntur iſta? Item prudentes edicto prætoris concepto in perſonam Rei, veluti, *Quod vi aut clam à te factum reſtituas*, concipere amarunt exceptionem (vt Edicto reſponderet) in perſona Rei contra perſonam Actoris, veluti *reſtituam, quod non tu vi nec clam nec precario feceris d. l. 7. §. 3. d. l. 22. §. 2.* Noſter mauult, *Quod non vi nec clam nec precario fecerit.* Meo judicio vincunt prudentes. Etenim ſicuti actor Interdicto vſurus contendit contra Reum iis verbis, *Quod vi aut clam à te factum, reſtitue juxt. d. l. 1. Quod vi aut clam* ita & Reus contra Interdictum excepturus agit rectè contra actorem iis verbis *Quod non tu vi, nec clam, nec precariò feceris, reſtituam.* Nam vtique Reus in exceptione actor eſt *l. 1. de except.* Iam verò Iuſdicens ſicuti interdictum dare dicitur actori, quod ei ex Edicto competere deprehendit, ita quid ni eadem proprietate dare diceretur exceptionem Reo, cuius æquitatem eam deprehenderit,

derit, vt eam ei non putarit denegandam. Neque moror, dum contrà inſurgunt, exceptionem aduerſus Interdicta nullam *Edicto* alicui deprehendi inſertam. Quaſi verò in actionum formulis inſertæ omnes fuerint exceptiones, quas in iis exercendis dare prætor potuerit. Immo nec in edictis actionum, nec in Interdictorum edictis poni potuere exceptiones omnes, quandoquidem variæ nimis ac multiplices ſint, ſecundum facta & acta *fac. l. 1 §. 4. in fin. vti poſſid.* ex quibus dependent. Si conſtat memoria, ſimile argumentum extat alibi apud Robertum, quod ridet Cuiacius *16. obſ. 28.* non immeritò. Adhuc pergunt, & eſt, quod deſiderant *in d. l. 7. §. 3.* dum eiicere non verentur *D. 77. decad. err. 4.* ceu ſpuria ea, in quibus vniuerſa Vlpiani deciſio fundata eſt. videlicet iſta *Quod non aliter procedere debet niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſa, alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet.* Audiamus, ſi placet, vnde iſta curioſitas, ſi non audacia. *Nam,* inquiunt, *ſi huiuſmodi exceptionis dandæ* (hoc verbo iterum vtuntur contra axioma ſuum, exceptiones à prætore aduerſus Interdicta nullas dari, *ratio illa & æquitas ſubeſt, quòd is cui* (notâ verbum idem iterum) *datur, etiam interdicto experire ipſe poſſet, ſi mallet, nihil certè cauſæ eſſe, cur in ea admittenda tardior eſſe prætor debeat, qui nec interdictum ipſum denegare poſſet aduerſus eum, qui*

primus vi aut clam feciſſet d. l. 22. §. 2. Quod vi aut clam. Obſcurius quidem quæ enuntiari videntur. mens eſt iſta, niſi fallor, Quod ſi propter eam ſolam æquitatem & rationem exceptio iſta proſit, eoquod is, cui exceptio iſta datur etiam interdicto experiri poſſit, nihil cauſæ fuiſſe, cur ſcriberetur *in d. l. 7. §. 3,* eam exceptionem, de qua locutus erat ibi Iulianus, non procedere niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſa officio judicis declaranda. Çolor, ſcilicet probus & ſufficiens reprehendendis prudentibus. non mouemur. Etenim iſta ſi ratio ſubeſſet ſola, cur exceptio iſta admitti poſſit, falſum dixiſſet Iulianus, dum dixit, ex æquitate eam dandam eſſe contra juris rigorem. Vt autem ei, cui actionem damus, multò magis exceptionem demus, etiam juris aliquis rigor admittit. *l. 1. §. 4. D. de ſuprfic.* Quin & exceptio videri poſſet magis negari debere, eoquod interdictum competat, quàm adiici propter interdictum. Præterquam quòd iſta ratione ne quidem Venuleius *in d. l. 22. §. 2.* ex qua eam deſumunt, vtatur. Quid ita? *Si inuicem interdicto, Quod vi aut clam exegerimus, niſi remittas mihi vt abſoluat me judex, condemnaberis quaſi rem non reſtituas, quanti mea interſit.* Aut exceptio, *ſi non vi, nec clam, nec precario,* mihi profutura eſt, ſi interdictum prodeſſe nõ poteſt, aut eo non vſus fuero, ſed exceptione iſta.

Hæç

Hæc ſimpliciſſima & veriſſima ſententia eſt Venulei *in d. l. 22. §. 2.* Iam verò qui diſiungit interdictum ab exceptione, non vtique ex eo collegeris eam exceptionem ei propterea profuturam, quod interdicto vti poſſet, ſi vellet. Atqui Venuleius exercitionem interdicti diſiungit ab exceptionis obiectione, *in d. l. 22. §. 2.* non dicit exceptionem dari poſſe ex eo; quòd interdictum competat, prout præſupponunt malè. Id quòd intelligamus ſi rectè, intelligemus ſimul; quare Vlpianus ſcripſerit exceptionem hanc, de qua eſt ſermo, non dari, niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſa *juxt. d. l. 7. §. 3. Quod vi aut clam.* Enimuerò ſi annus nondum præterierit, aut alia aliqua juſta cauſa ſubſit, quæ poſt annum interdicto vti permittat, *juxt. l. 15. §. 3. §. 5. & §. 6. Quod vi aut clam.* non eſſet magna aut ſatis neceſſaria cauſa, ob quam exceptio iſta admitteretur. *juxt. d. l. 7. §. 3.* ſi interdicto vti ſtudioſè moratus, ex interuallo vindicare iniuriam ſine judice malueris. Adeò vt putarem eo caſu exceptione iſta vix te adiuuari oportere, *fac. d. l. 7. §. 3. in fin. Quod vi aut clam.* niſi magna & ſatis neceſſaria juris ratio obſiſtat, quò minus adverſario interdictum competere poſſit ex delicto ſuo, in quo te anteuorterit, ac ea propter hîc aliqua conſtituenda eſſet à judice differentia, ne communis malitia petitori ſit præmio, ei verò, cum quo agatur,

agatur, pœnæ: cum longè æquius ſubinde ſit ex eo, quod vi aut clam fecit, actorem nihil conſequi *l.4.§.13.de except.* Quid ita? Ius tuum à parte tua tibi parit interdictum *iuxt. d. l.22. §.2.* Quòd ſi verò propterea exceptio huiuſcemodi multo magis tibi competeret *iuxt.d. l.1.§.4.de ſuperf.* prout Aduerſarius præſupponit, fieret vt & à parte tua vim ſuam exceptio iſta accipere videretur. Atqui hoc ne dicamus, cauendum ſummè. Siquidem jus tuum vtut poſſeſſorium ex vi recenti in hoc interdicto juſtam aliquam exceptionem tibi parere vix poſſit *l. 1. §. 7. & 3. Quod vi aut clam.* non quidem vt negemus aliàs: cui damus actionem ad conſequendum, ei juſtè dari exceptionem ad retinendum id, quod ope actionis conſequi poſſit, ſi velit? *iuxt. d. l. 1. §. 4. de Superfic.* Sed vnum obſtat hoc caſu, quòd ſicuti actio fundata eſt in jure actoris, ita & in jure Rei conſiſteret exceptio iſta, quæ propter actionis competentiam non poſſet non competere, vtpote in qua exceptione Reus eſſet actor *l.1. de Except.* Ergo cum talis exceptio etiam poſſeſſoria ex vi recenti in hoc interdicto vix admittatur magis quā exceptio Dominii, *d.l.1. §. 3. Quod vi aut clam* flectenda velificatio eſt & videndum, an non eo caſu potius Exceptio iſta, *Si non vi nec clam nec precario feceris*, competat, quo non item mihi liceat vti interdicto, veluti ſi annus præterierit, neque

neque juſta aliqua cauſa ſubſit, obquam poſt annum admitti valeam *iuxt. l. 15. §. 3. §. 5. & 6.* Equidem hoc caſu ne actor ex ſuo delicto meliorem ſuam condictionem faciat *l. 134. §. 1. de Reg. iur.* exceptionem iſtam Quoniam ex jure Rei non deſumatur, faciliùs admittendam exiſtimo, ſi magnam & ſatis neceſſariam causā perſpexerit judex ex circumſtātiis, quæ actori ex delicto nimis euidenti vel magno interdictum minùs indulgeant *fac. l. 76. in fin. de furt.* & igitur Reum potiùs ex cauſa (maximè ſi juris via excluſus deprehendatur citra culpam) ſatis neceſſaria adiuuandum exceptione iſta ſuadeant, *iuxt. l. 7. §. 3. in fin. Quod vi aut cl.* veluti ſi actoris nihil interſit, niſi vt Reo incommodet, & perpetuas inferat moleſtias *fac. l. 154. de Reg. iur.* Quamuis, vt verum fatear, prudentiæ judicis omnia relinqui vtroque caſu tutius videatur *d. l. 7. §. 3. in fin.* poſteaquam haud fruſtra dixerit Vlpianus, *hæc omnia officio iudicis celebrari oportere d. §. 3.* neque ex omni cauſa, quæ non ſummè neceſſaria ſimul exiſtat exceptionem, de qua loquimur, negari, ſed ex ea, quæ judici *ſatis* neceſſaria videbitur, exceptionem iſtam concedi poſſe *d. §. 3.* Tantum abeſt, vt eo ſolo caſu competeret, quo interdictum competeret. At hoc tradunt, qui huiuſmodi exceptionis dandæ ſolam illam rationem & æquitatē ſubeſſe judicant, quòd is, cui datur, etiam interdicto

interdicto experiri ipſe poſſet, ſi mallet *vid. d. 77. dec. err. 4.* Quaſi verò exceptio iſthæc propter ſolam interdicti compotentiam competeret, & non etiam eo caſu, quo experiundi interdicto jus tempore annali excluſum ſit & deficiat. Quod ipſum ergò vt retolleretur, accuratiùs diſputandum fuit. Tum vel maximè, ne *ex* D. §. *3.* tolli tolerentur iſta, *niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſa* &c. item illa *officio judicis* cum iis ſublatis tota Vlpiani deciſio tollatur. Immo illa, *officio judicis,* non magis iſthic deleri debent quàm in *l. 15. §. 7. §. 9. §. 11. hoc. eod. tit.* Multo minus vt ſollenne ſit Triboniano pro prætore alioue maiore magiſtratu quolibet, ſubſtituere nomen *judicis,* reſpicienti nimirum ad jus nouum, quod Dioclet, & Maximian. induxerunt *in l. 2. C. de pedan. jud.* vt magiſtratus ipſi, de quibus antea judices dabant, cogantur ipſi per ſe cognoſcere, nec judices dare poſſint. Ad populum phaleras: nos ſcimus in interdictis etiam jure veteri judices dari ſolitos, *vid. ſupr.* nos ſcimus *ex d. l. 2.* Magiſtratus non cogi, vt in quauis cauſa judices eſſe cogantur. Nos credimus denique Tribonianum eò non reſpexiſſe *in d. l. 7. §. 3. Quod vi aut clam.*

Cap. XVII.

De exceptione. Quod non tu vi aut clam à me poſſides *aduerſus interdictum* vnde vi: *de exceptione* annali, pacti, & Quod incendii arcendi cauſa factum non ſit, *aduerſus interdictum*, Quod vi aut clam. *per tales & ſimiles exceptiones nec iſta nec ſimilia interdicta ipſo jure extingui.*

VIm vi repellere licere Caſſius ſcribit, idque jus naturâ comparatur *l. 1. §. 27. de vi & vi arm.* Eum igitur, qui cum armis venit, vt poſſeſſione noſtra nos deiiciat, poſſumus armis repellere, ſed hoc confeſtim non ex interuallo, dummodò ſciamus non ſolùm reſiſtere permiſſum, ne deiiciamur, ſed etſi deiecti fuerimus, eundē deiicere nobis licere nō ex interuallo, ſed ex continenti *l. 3. §. 9. d. tit.* Eum verò, qui ſiue coactis armatiſuê hominibus vi ſimplici & quotidiana adhibitâ nos noſtrâ poſſeſſione expulit, ex continenti non ſolum deiicere licet, ſed & ex interuallo. Quid enim ſi non adhibita vi majori denuò cum deiecerimus, vt poſſeſſionem noſtram retineamus, aut interdicto *Vnde vi* contra eius interdictum *Vnde vi* vtemur rectè: aut exceptione, *Quod tu non vi à me poſſides* fac. *l. 22. §. 2. Quod vi aut clam. l. 1. §. 4. in fin. & §. 9.* vti

vti poſſid. Interdicto, annus necdum prætererit, ex quo vi ab eo deiecti ſumus *l. 1. de vi & vi arm.* Exceptione, ſi annus jam elapſus obſtet, quò minùs interdicto vti liceat, fac. *l. 5. §. 6. de except. dol.* Quid ergo, vtrum hac in parte tam in Interdicto Quotidiano *Vnde vi* quàm in Interdicto *Quod vi aut clam* idem juris ſit *juxt. d. l. 22. §. 2. l. 7. §. 3. Quod vi aut clam* Negat Accurſius: adfirmauit Bartolus *ad l. 7. §. 3. Quod vi aut clam.* Accurſio ſubſcribunt Anton. Faber *77. decad. err. 4.* Petr. Friderus *in tract. de Interdict. in comm. 23. num. 53.* Nos noſtro calculo ne prorſus opprimatur opinio rarior, ſuppetias feremus Bartolo. Aut vnde differentiam iſtam inter duo iſta Interdicta deſumpsêre. Differentia, quæ judicio eorum in eo conſiſtit, quaſi contra Interdictum vnde vi (à quo interdictum de vi armata in hoc articulo diſtinguendum cum Cuiacio *ad 5. ſent. Paul. tit. 6.*) conceſſum ſit remedium nullum, quo poſſeſſionem vi recuperatam retinere permiſſum ſit, *l. 17. de vi & vi arm. §. 6. Inſt. de Interd.* In Interdicto verò *Quod vi aut clam* talis recuperatio non item ſit prohibita *l. 7. §. 3. l. 22. §. 2. Quod vi aut clam.* Non adſtipulor, ſiquidem quantò vis odioſior eſt, quæ interdicto *Vnde vi* vindicatur, quàm illa quæ interdicto, *Quod vi aut clam* coërcetur: tantò juſtius exceptio hæc, *Quod tu non vi à me poſſediſti* interdicto *Vnde vi* obiiciatur. quàm

quàm huic interdicto exceptio illa, *Quod tu non vi nec clam feceris.* Quid ita? aduerſus recuperandæ poſſeſſionis interdictum *vnde vi*, iſta retinendæ poſſeſſionis exceptio ſemper datur *l. 1. §. 4. in fin. vti poſſid.* hæc operis vi aut clam vt facti, vi aut clam ita reſtituti exceptio non datur, niſi ex magna & neceſſaria cauſa *l. 7. §. 3. Quod vi aut clam.* odio violentiæ odioſioris illa ſemper, *arg. Rubr. C. Quand. lic. vnicuique ſin. jud.* hæc rariùs ratione minoris præiudicii, *arg. Rubric. Ne quis in ſua cauſ. jud.* Huc accedit, quòd in ſolo *vti poſſidetis* interdicto hæc retinēdæ poſſeſſionis exceptio nō ſolùm competat, ſed ex multis cauſis ei, qui poſſidet detur, *d. l. 1. §. 4. in fin. vti poſſ.* & per conſequens ampliari meritò vt poſſit aduerſus interdictum *vnde vi*, cum aduerſum illud, qui nomine retinendæ poſſeſſionis excipiat, eo ipſo poſſideat. Plane vt interdictum *vnde vi* ſine exceptione quidem detur contra alium *l. 1. §. 9. D. vti poſſ. l. 1. §. 30. de vi & vi arm. l. 53. de Acq. vel am. poſſ.* ſicuti etiam interdictum de vi armata, Cicero *in orat. pro Cecinn.* non æquè contra eum à quo vi poſſidet *l. 1. §. 30. de vi & vi arm.* Vnde Paulus clarè *5. ſentent. tit. 6.* Qui vi, inquit *aut clam aut precariò poſſidet, ab aduerſario impune deiicitur.* Aduerſarium vocat eum, à quo vi aut clam aut precariò poſſidet *l. 1. §. 9. D. vti poſſid. fac. d. l. 1. §. 30. de vi & vi arm.* Cuiac. *ad D. loc.* Paulò. Aduerſarius

hic impune eum deiicit. Quandoquidem aut interdicto contra deiectum vt poſſit aut exceptione *Quod non tu vi à me poſſediſti fac. l. 22. §. 1. Quod vi aut clam l. 1. §. 4. in fin. vti poſſ.* Interim aduerſarius iſte, à quo vi poſſedit deiectus, ex interdicto *vnde vi* obligatus eſt ipſo jure reſtituere deiecto poſſeſſionem, quâ eum vi deiecit *§. 6. Inſt. de interdict.* ſiue deiiciens interdicto aduerſus deiectum experiri, ſiue exceptione maluerit poſſeſſionẽ, quàm recepit, defendere. In quo iterum idem jus agnoſcimus in interdicto *vnde vi*, quod obſeruatur in interdicto *Quod vi aut clam.* Quid ita? In interdicto *vnde vi* quoniam ipſo jure is, qui deiecit, deiecto teneatur ad reſtitutionem, ideo vtrique interdictum competit, aut ei, qui deiecit, exceptione conſultum eſt *fac. d. l. 22. §. 2. Quod vi aut clam. l. 1. §. 4. in fin. vti poſſ.* Similiter in interdicto *Quod vi aut clam.* quoniam opus vi aut clam factum deſtruere non magis permiſſum eſt, quàm in interdicto *vnde vi*, næ inde fit, vt ipſo jure interdictum, *Quod vi aut clam* etiam eo caſu teneat, quo ex magna & ſatis neceſſaria cauſa admittatur exceptio iſta, cuius fit mentio *in d. l. 7. §. 3.* neque contra Bartolum aliud mihi videtur colligi poſſe *ex l. 7. C. Ad l. Iul. de vi* vbi Imp. Conſtantinus. *Quod ſi omiſſa interpellatione vim poſſidenti intulerit, ante omnia violentiæ cauſam examinari præcipimus, & in ea requiri, quis ad quem perue-*

peruenerit poſſidentem, vt ei, quem conſtiterit expulſum, amiſſæ poſſeſsionis jura reparentur. Ac ſi reſcriberet Imp. ſi quis ad ſe fundum vel quodcunque aliud aſſerit pertinere; ac reſtitutionem ſibi competere poſſeſſionis putat, ideoque omiſſa interpellatione vim poſſidenti intulerit, poſtpoſita Dominii cauſa in primis violentiæ cauſam examinari debere, & in ea requiri, quis (vtrum is, qui vi prius deiectus) ad quem peruenerit poſsidentem, id eſt, vtrum ad talem, qui vi ab eo poſsideat, vt ei, quem judici conſtiterit expulſum iniuſtè, aut poſſeſsio, quam amiſit, reſtituatur, aut poſſeſsio, quam recepit, relinquatur ſi cauſa juſta hoc judici ſuaſerit, *juxt. d. l. 7. C. Ad l. Iul. de vi conſ.* Iacob. Menoch. *1. rec. poſſ. rem. num. 122. & 130.* Barth. Socin. *reg. fall. 379.* Alia quidem & maior eſt vis, quæ compeſcitur interdicto *vnde vi l. 1. §. 3. de vi & vi arm.* alia verò, eaq; minor eſt vis, quæ coërcetur interdicto, *Quod vi aut clam l. 1. §. 5. eo tit.* Quid tum? pro proportione in vtroque interdicto æſtimari poſsit à judice cauſa; ſufficiens ſit necne ad exceptionem procreandam & cum effectu procurandam. In neutro non niſi magna & ſatis neceſſaria cauſa ſubſit, exceptio hæc de vi admittenda eſt. in vtroque cum par delictum eſt duorum, ſemper oneratur petitor & melior habetur poſſeſſoris cauſa *l. 154. de Reg. jur.* ſicuti fit cum de *vi* excipitur petitoris.

Neque enim datur talis replicatio petitori. *Aut ſi Rei quoque in ea re vi actum ſit d.l. 154.* ſed ſi te vi deiecero, ilico tu me, deinde ego te, vnde vi interdictum tibi vtile erit, *juxt. l. 17. de vi & vi arm.* denegata mihi replicatione de vi tua, ne communis malitia petitori præmio ſiat, ei verò cum quo agatur, pœnæ *l. 4. §. 13. de dol. mal. & met. exc.* Ceterùm æſtus forte nimius, quo abripimur, ad exceptionem annalem progrediamur cuius fit mentio *in l. 15. §. 5. Quod vi aut clam.* Neque enim male dixit Accurſius, annalem exceptionem interdicto *Quod vi aut clam* obſtare, ſi intra annum non fuerit inſtitutum: poſteaquam poſt annum non competat *d. l. 15. §. 3.* Aliter tamen viſum eſt viro doctiſsimo qui ſcribit *77. decad. err. 4.* poſt annum non poſſe huic interdicto abſtare exceptionem annalem, eoquod nulla exceptio aut neceſſaria aut vtilis eſſe poſsit aduerſus interdictum, quod poſt annum nec competit, nec datur: Annalis autem exceptio præſupponat jus aliquod competere, quod per eam elidi poſsit & debeat, vt ceteræ exceptiones omnes. Controuerſia quidem vt videtur leuior, in qua tamen ſilere non debeo, quàm notabiliter labatur vir egregius. Non cum Accurſio ei tam res: quàm cum ipſis prudentibus. Hi dicunt hoc interdictum poſt annum non competere: ſed causâ cognitâ annuam exceptionem remittendam

dam hoc eſt magna & juſta cauſa ignorantiæ interueniente *d. l. 15. §. 3. §. 5.* Quòd ſi autem *annua exceptio* magna & juſta ignorantiæ cauſa interueniente remittatur, vtique exceptio iſta annalis ipſo jure adhuc exiſtit & ſubſiſtit, cum alioquin nullo bono remitteretur, quæ nullo modo obſiſteret. Quocirca cum ait Aduerſarius in interdicto hoc poſt annum nullum jus ſupereſſe, quod per exceptionem elidi poſſit, aut debeat, præſupponit ipſo jure poſt annum obligationem eius, qui vi aut clam opus aliquod fecerit, ſublatam eſſe. Quod admittendum non eſt *l. 56. §. 4. de v. obl.* Ad tempus obligatio nulla ibi conſtituta eſt. Immo nec magis ad tempus vlla conſtitui poteſt, quàm legatum. Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deſinit deberi, non tempore. Plane vt poſt tempus exceptione ſummouendus ſit, quem à petitione tempus excludat *l. 44. §. 1. de obl. & Act. l. 56. §. 4. de v. obl. l. 4. de Seruit.* Eaque cauſa vnica & vera eſt, cur rectè dixerit Accurſius, interdicto *Quod vi aut clam* regulariter obſtare annuam exceptionem, *juxt. d. l. 15. §. 3. Quod vi aut clam.* Annuæ exceptionis eodem ſenſu meminere prudentes in *l. 1. §. fin. Quand. de pecul. act. annal.* quæque eodem modo periclitaretur, ſi iſta, de qua actum, non admitteretur. Eiuſdemque curioſitatis eſt, omnem exceptionem competentem

actionem, cum exceptio nihil aliud ſit, quàm actionis excluſio *l. 2. de except.* actionis nimirum competentis. Ita extat *77. decad. err. 3. & 4.* Atque ita admittere non videtur exceptiones intentionis, hoc eſt, tales actionis excluſiones, quando actor plane nullum jus perſequendi habet, de facto tantùm mouens litem. Vnde fiat vt exceptio talis actionem vel jus non inueniens factum duntaxat intentionis excludat *l. nec intentio C. de Tranſact.* Gloſ. *ad l. 2. de except.* vincente Reo per non jus actoris, licet Reus alia defenſione nulla vſus ſit *l. 4. C. de ed. l. vlt. C. de Rei vind.* cujuſcemodi exceptionum exempla Oldendorpius extare exiſtimat *in Tit. digeſt. Quar. rer. act. non dat.* Lis, quam valde meam non fecerim, in memoriam redeunte dogmate periculioſiore, quod extat *77. decad. err. 3.* nimirum exceptiones, quæ actionibus obiiciuntur, eum habere effectum, vt actio, quæ per exceptionem eliditur, competiiſſe exiſtimetur, cum exceptio nihil aliud ſit quàm actionis excluſio *l. 2. de except.* actionis, nimirum, competentis. At exceptiones quæ contra Interdictum opponuntur, quoties tam juſtæ ſunt, vt admitti debeant, vim & poteſtatem illam habere, vt faciant, ne interdicto locus vllus fuiſſe videatur. Quaſi contra ſenſum & mentem prætoris atque Edicti perpetui futurum illud eſſet, vt in ea ſpecie, quæ talem

exceptio-

exceptionem admittit, interdictum exerceretur. Ex diametro iterum quæ pugnant cum iis, quæ ſupra docuit, videlicet omnes exceptiones præſupponere actionem competentem, & nominatim ab Accurſio parum ſubtiliter tradi, interdicto quod poſt annum competere deſierit, obſtare exceptionem annalem, eoquòd vel in interdicto requiratur, vt nulla exceptio admittatur, quæ non excludat actionem competentem *vid. d. 77. decad. err. 4.* Quid ergo, anne verum eſſe credemus, quod docet *d. 77. decad. err. 3.* per exceptiones, quæ interdictis opponuntur, ſi admittuntur, ipſo jure interdicta perimi non vi exceptionum vim eorum eneruari? Non certè: Tam in interdictis quàm in quibuſuis actionibus militat regula: effectum ſi ſpectes, *nihil intereſſe ipſo jure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur l. 112. de Reg. iur. l. 7. §. 14. Ex quib. cauſ. in poſſeſſ.* ſin juris ſubtilitatem, obſtrictum eum eſſe, quem exceptio tuetur. Aut interdicta ipſo jure per exceptiones ſi extinguerentur magis quàm actiones, vtinam vel vnam adduxiſſent legem, ex qua inauditum iſtud diſcrimen approbaretur. Nullam attulere, non miror: nullam adferre potuere. Quinimo in quibuſuis actionibus deſinit debitor eſſe is, qui nanctus eſt exceptionem juſtam, nec ab æquitate naturali abhorrentem *l. 66. de Reg. iur.* etiam in

obligatione verborum vt non poſſit videri accepiſſe, qui ſtipulatus poteſt exceptione ſummoueri *l. 115. §. 1. de Reg. jur.* non, inquam, poſſit videri accepiſſe actione tenus *l. 15. de Reg. iur.* inſpecto effectu *l. 13. D. tit.* ad quem, vt opinor, adſpiciens Paulus, ex ſtipulatu agere non poſſe dixit eum, cui agenti opponi doli exceptio poteſt *l. 73. in fin. de Euict.* vid. Petr. Fabr. *ad l. 112. de Reg. iur.* Non tamen vt propterea ipſo jure ſemper extinguerentur actiones. Quanto minus interdicta, quæ actionis verbo continentur *l. 37. de obl. & Act.* In interdictis retinendæ poſſeſſionis exceptio datur ex multis cauſis ei, qui poſſidet *l. 1. §. 4. in fin. D. vti poſſ.* In interdicto de ſuperficiebus dandæ exceptionis fit mentio *l. 1. §. 4. eo tit.* In interdicto de fluminibus ſcribit labeo dandam exceptionem ita: *extra quam ſi quid ita factum, vti de lege fieri* licuit *l. 1. §. 16. D. de Fluminib.* In interdicto *Ne quid in flumine publico fiat,* æſtimat prætor, an exceptionem dare debeat iſtam. *Quod eius ripæ muniendæ cauſa non fiet l. 1. §. 6. Ne quid in flum. publ.* In interdicto denique *Quod vi aut clam* quatuor exceptionum fit mentio. Prima eſt pacti conuenti, *l. 20. §. 2. Quod vi aut clam l. 1. §. 10. de nou. op. nunt.* quæ refertur *in l. 3. §. 2. Quod vi aut clam.* Secunda eſt, *Quod non tu vi aut clam feceris l. 7. §. 3. Quod vi aut clam.* Tertia eſt, *Quod incendii arcendi cauſa factum non ſit d. l. 7. §. 4.*

d.l.7.§.4. Quarta eſt de exceptione annali, cuius fit mentio *in l.15.§.5.D.tit.* Equidem nuſpiam his in locis, vnde iſta exempla, deciditur, interdicta per exceptiones tolli ipſo jure. Neque id obſeruaui vſpiam. Exceptio non eſt exceptio, quæ ipſo jure actionem vel interdictum perimit. Interdictum non eſſet Interdictum, quod ipſo jure per exceptionẽ extingueretur. Atqui exceptio ſicuti obiicitur contra actionem quæ eſt actio, ita quæ contra interdictum obiicitur, contra tale interdictum obiicitur, quod eſt interdictum. Si placet, redeamus ad exempla. Vlpianus ait, vim ſemel inter initia factam perſeuerare, ac quidem adeo, vt ſi is qui vtatur interdicto, permiſerit, aduerſus eum exceptio pacti neceſſaria ſit *l.3.§.1.& §.2. Quod vi aut clam.* quæ non neceſſaria foret, ſi vis & interdictum ipſo jure non perſeueraret. Id quod non animaduertens Ant. Faber *77.decad. err.4.* exclamat, quomodo poſſit eſſe neceſſaria exceptio, cum neque vi neque clam dici poſſit, quod factum eſt permittente eo, cui jus fuit permittendi? Exclamat, quomodo poſſit interdictum quod vi aut clam competere aduerſus eum, qui neque vi neque dolo quicquam fecit? putat vicium violentiæ ante permiſſionem contractum, per permiſſionem ſubſequentem purgatum eſſe, neque amplius perſeuerare poſt permiſſionem; inde

ſieri vt exceptio non poſſit eo caſu valde eſſe neceſſaria ſublato violentiæ vitio, niſi accipiatur iſte caſus ceu ſingularis, in quo aduerſus id, quod vi aut clã factum eſt, ſe tueri juſta exceptione quis poſſit. Quæ iterum omnia damnamus liberè ratione ſuffulti quam reddidit Vlpianus, cur aduerſus eum, qui interdicto vtatur, *Quod vi aut clam* ſi permiſerit exceptio ſit neceſſaria, nimirum ideò, quod vis ſemel inter initia facta ipſo jure deinceps perſeueret, non obſtante pacti interpoſitione *l.3. §.1.& 2. Quod vi aut clam.* Tantum abeſt, vt per permiſſionẽ ipſo jure purgaretur? obligatione ipſo jure nõ mutata. Ne dicã interdicta, quæ ſemel competiere, ſi pacti poſtea interuentu tollerentur ipſo jure, nihil obſtiturum, quò minus & per pacta ex interuallo actiones ex contractu tolli non poſſent eodẽ jure. Quod aduerſus fundamenta juris eſſet. Neque diſſimili fundamẽto abutuntur, dum aiũt *77. dec. err. 5.* exceptionem nulli competere, antequã conueniatur. Ac ſi diceres: actionẽ nulli cõpetere, antequam conueñiat. Quinimo exceptione tuti eſſe poſſumus, ne conueniamur, ſiue declinatoriam ſiue dilatoriam intueare ſiue denique peremptoriam. Actio nobis cõpetere poteſt, antequã in judicio ea vtamur. Sed ad rem: *Eſt*, inquit Vlpianus, *& alia exceptio de qua Celſus dubitat, an ſit obiicienda vtputa ſi incendii arcendi cauſa vicini ædes intercidi &*

Quod

Quod vi aut clam mecum agatur, aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an effici oporteret *Quod incendii defendendi cauſa factum non ſit*, Seruius autem ait, *ſi id magiſtratus feciſſet dandam eſſe, priuato non eſſe idem concedendum. l. 7. §. 4. Quod vi aut clam.* Quorum verborum (ſiue *excipi* ex Archetyp. Florent teſte Taurello apud Goth. *ad Accurſ. in d. loc.* ſiue *effici* legatur ex ſcriptura *vulg. Florent.* gat.) non alia eſt ſententia, quàm dubitationem Celſi ſublatam eſſe dubitatiuâ deciſione Galli: adfirmatiuâ Seruii. Gallo neganti etſi dubitanter; excipi oportere de eo, quod defendendi incendii cauſa factum non erit. Adferente etſi dubitanter *iuxta literam alteram* oportere *effici*, id eſt, reparari, in priſtinam cauſam reſtitui, præſtari omne id, quod incendii defendendi cauſa factum non erit: id verò quod incendii defendendi cauſa factum ſit, oppoſita exceptione excuſari poſſe: Contra inſurgente Seruio & ſuſtinente, ſi magiſtratus incendii arcendi cauſa vicini ædes interciderit, exceptionem iſtam ei dandam eſſe aduerſus eum, qui Interdicto *Quod vi aut clam* contra ſeſe vti præſumpſerit, priuato alicui eandem exceptionem non eſſe concedendam. Deciſio Seruii approbata eſt: ſed improbatur D. 77. *decad. err.* 5. allata dubitandi ratione, ac ſi magiſtratus vi aut clam arcendi incendii prætextu nihil poſſit facere,

ſed

ſed jure magiſtratus vi aut clam ei liceat id facere, ideoque ipſo jure quoniam conueniatur fruſtra, fruſtra laborari de tali ei danda exceptione *in d. l. 7. §. 4. Quod vi aut clam.* Quaſi verò magiſtratus ſi quid fecerit vel quaſi magiſtratus, vel fiducia magiſtratus, quod ad officium eius non pertinet, ipſo jure id ratum ſit *contr. l. 170. de Reg. iur.* ædes autem alienas vi aut clam intercidere repugnat magiſtratus officio. Ergo propter vim & iniuriam ipſo iure ſi teneri poteſt *l. 29. §. 7. Ad l. Aquil. l. 32. de iniur.* Quanto magis obligatus eſſet in Interdicto *Quod vi aut clam* ad reſtituendum in priſtinum ſtatum vel præſtandum id, quod arcendi incendii cauſa factum à ſe non fuerit *iuxt. d. l. 7. §. 4. Quod vi aut clam.* Quomodo ex ipſa lege loquor, vt intelligant, de quali exceptione iſthic agatur. Exceptio eſt conditio quæ modò eximit Reum damnatione, modò minuit damnationem. *l. 22. de except.* de exceptione eximente Magiſtratum damnatione agitur *in d. l. 7. §. 4.* ſi nihil vi aut clam fecerit, quod incendii defendendi cauſa factum non ſit. De exceptione minuente eius damnationem ſi partim incendii arcendi cauſa, partim non arcendi incendii cauſa fecerit, quod fecit. Vis & clandeſtinitas, vt ita loquar, quæ obiectâ iſtâ exceptione non negantur, obligationem in magiſtratu, ipſo jure operantur: conditio arcendi

cendi incendii in magiſtratu juſtitiam commendat exceptionis. Adhuc dicemus magiſtratum hîc ipſo jure obligatum non eſſe? priuatus vbi defendendi ſui cauſa vicini ædificium orto incendio diſſipauerit, abſoluitur *d. l. 7. §. 4. l. 3. §. 7. de Incend. ruin. naufr.* Similiter magiſtratus quà priuatus eſt vel abſoluitur, vel tenetur, ſi ad ædes ſibi vicinas ignis nõ peruenerit. Quatenus verò magiſtratus eſt, exceptio ei iſta danda fuit, ſiue ignis ad ædes ſuas ne perueniret cautio fuit, ſiue vt perueniret, metus. Modò Zelus in eo fuerit ne præter adſpectus publici deformitatem, quam pateretur, ædificiis ciuitas priuetur, cui præeſt. Quare ad quid diſputatio: vtrum Magiſtratus jure Magiſtratus & poteſtatis ſuæ juſſerit intercidi & deſtrui ædes alienas arcendi tantùm incendii cauſa, nullo penitus iniuriæ comminiſcendæ animo & propoſito interueniente: vel econtrario Magiſtratus vt ſui imperio & poteſtate in alienam iniuriam abuteretur. Nihil deciditur *in d. l. 7. §. 4. Quod vi aut clam* hac de diſtinctione, quæ in facto poſita meram obſcuritatem parit. Nam ita Paulus: *Quod factum eſt*, inquit, *cum in obſcuro ſit, ex affectione cuiuſque capit interpretationem l. 168. §. 1. de Reg. jur.* Sola quæſtio eſt *in d. l. 7. §. 4.* de exceptione iſta, *Quod incendii defendendi cauſa factum non ſit*, vtrum aduerſus interdicentem interdicto Quod vi aut clam obiici

obiici cum fructu poſſit, definit autem Seruius, Magiſtratui eam dandam eſſe, non priuato *d. l. 7. §. 4.* Atqui Magiſtratus, qui vtitur iſta exceptionis formula, *Quod arcendi incendii cauſa factum non erit, reſtituam*, obligationem, cui ipſo jure obnoxius, eo ipſo fatetur, dum vim & quod à ſe factum non diffitetur, exceptione fundata in publico bono defenſo. Cum priuatus arcendi incendii cauſa nihil vi aut clam fecerit, ceſſat interdictum, neque neceſſaria eſt exceptio Quod arcendi incendii cauſa factum non ſit. Idem juris eſt in Magiſtratu, cum nihil vi aut clam fecerit; Quæſtio, vt dixi omnis in eo eſt, ſi vterque ponatur vi aut clam incendii arcendi cauſa ædes alienas demolitus fuiſſe; magiſtratus fiducia Magiſtratus: priuatus, vt priuatus: Vtrum exceptio vtrique danda. Atque eò referenda eſt diſtinctio Seruii. Explicatio, qua quid rectius? Ergo quàm temere contra prudentes iſta in *D. 77. decad. err. 5.* quæ recitare cogimur. *Vt verò*, inquiunt, *in eadem facti ſpecie Magiſtratus & Interdicto teneatur & exceptione illa adiuuetur Quod incendii arcendi cauſa factum non ſit, nullo modo, nulloque caſu fiere certè poteſt. Quid ergo ſibi vult Vlpianus aut Seruius cum ſua illa diſtinctione? nihil planè quod ad iuris Ciuilis ſiue prætorii rationem adcommodari poſſit. Ob idq; cogor dicere, Triboniano potius quam Vlpiano aut Seruio adſcribi oportere, non quidem diſtinctionem illam*

illam, quæ ſi per ſe accipiatur veriſſima ſane & æquiſsima eſt, ſed quod diſtinctio illa adcommodata ſit ad propoſitam quæſtionem; Quod niſi perabſurdè & inconcinnè fieri non potuit. Notabile reprehenſionis temerariæ exemplum, ne imitemur. Vlpianus & Seruius dixerunt rectè Magiſtratum in eadem facti ſpecie & interdicto teneri poſſe ipſo jure, & adiuuari poſſe ope exceptionis. Quid ergo ſibi vult vir doctiſſimus cum iſta ſua reprehenſione? nihil planè, niſi vt juris ciuilis & prætorii ratione repudiata ad priuatum cerebrum ſapiamus. Quod ſi autem æquiſſima ſit diſtinctio Seruii, eccur eam damnat, excogitatâ nouâ, eaque extra leges? Plura non addemus, ne in hiſce exceptionum vepribus diutius hæreamus. Nam quæ præterea præter omnem juris rationem de lege Aquilia prudentibus obiiciuntur *in D.77.decad.err.5.* prudentiora non magis ſunt, quàm ſuperiora. *vid. infr. libr.2.de leg.Aquil.c.6.aut 7.*ad ſummam minùs noxia, quia leuia.

Finis Libri Secundi.

BENE-

BENEDICTORVM LIBER TERTIVS.

Capvt. I.

Iudicia Repetundarum, peculatus, de Reſiduis, ex SC. Syllaniano, de Commiſſis quo iuris ſenſu aduerſus heredes inſtitui poſſint.

VAriæ cauſæ ſunt, ex quibus nunciatio ad fiſcum fieri ſolet, veluti inter ceteras, ſi Reus deceſſerit, qui in capitali crimine eſſet, vel cum mors ab heredibus non vindicatur, vel ſi aduerſus leges commiſſum factum ſit *l. 1. de iur. fiſc.* Iudicia priuata ex delicto moriente Reo, antequam lis cum eo conteſtata, ſi merè pœnalia ſunt, moriuntur vnà. Sin partim pœnalia ſunt, partim rei perſecutoria, quà pœnalia ſunt, moriuntur; quà rei perſecutoria, viuunt & dantur aduerſus heredes, ſed in quantum ad eos ex delicto defuncti peruenerit, non vltra. Ex delictis autem publicis, quæ ex legibus judiciorum publicorum non veniunt *fac. l. 1. de iudic. publ.* pœna bonorum ademptionis incipere ab herede ita demum poteſt, ſi viuo Reo accuſatio mota eſt, licet non fuit condemnatio ſecuta. Ex ceteris verò admiſſis, quæ ex legibus publicorum judiciorum veniunt, nō aliàs tran-

ſeunt adverſus heredes pœnæ bonorum adêptionis, quàm ſi lis conteſtata & condemnatio fuerit ſecuta: excepto Maieſtatis, & Repetundarum judicio, quæ etiam mortuis Reis, cum quibus nihil actum eſt, adhuc exerceri placuit vt bona eorum fiſco vindicentur *l. 20. de Accuſ. l. 15. §. 3. Ad SC. Turpil.* Quæ vera eſt explicatio *d. l. 20.* Quid enim publica accuſatio, Reo vel Rea ante defunctis, regulariter inſtitui non poteſt *l. 3. C. Si Reus vel accuſ. mort. l. 6. de publ. jud.* permittitur, quoties admittitur *l. 3. de publ. iud.* veluti in crimine Maieſtatis, Repetundarum, de Reſiduis, & peculatus *l. 20. de Accuſ. l. Iul. pecul.* in ſumma non permittitur extra crimina, in quibus permittitur. Vnde diſcimus publica judicia peculatus, de Reſiduis, & repetundarum, quandoquidem bona defuncti in judicio Repetundarum fiſcus vindicare non prohibeatur *in d. l. 20.* Primùm *ſimiliter* hoc eſt, poſt annum duntaxat à morte Rei *l. 2. de leg. Iul. Rep.* deinde *ſimiliter* aduerſus heredem quà poſſeſſorem exerceri, eoquod in iis *ſimiliter* principalis quæſtio ablatæ pecuniæ moueatur *l. vlt. Ad l. Iul. pecul.* Aut hæc ratio vt adderetur *in d. l. vlt.* neceſſarium fuiſſe videtur, ne de pœna corporali idem ſentiremus. Pœna repetundarum corporalis eſt, vel deportatio, vel exilium, pro qualitate admiſſi *l. 7. §. 3. de leg. Iul. Rep.* cum pecuniariè agitur eſt quadruplum: *l. 1.*

l. 1. C. Ad l. Iul. Repet. Similiter pœna peculatus, cum ad pœnam corporalem agitur, eſt vel capitis *l. 1. C. de Crim. pecul.* vel deportatio *l. 3.* vel exilium vel metallum *l. 6. §. 2. Ad l. Iul. peculat.* cum pecuniariè agitur eſt quadruplum *l. 13. l. 6. §. 2. D. tit.* Lege denique de Reſiduis damnatus amplius tertia parte quàm debet, punitur *l. 4. §. 5. Ad l. Iul. pecul.* Quid ni igitur hæc judicia peculatus, de Reſiduis, & Repetundarum, quæ ſub vno Repetundarum judicio comprehenduntur *in l. 20. de Accuſ.* aduerſus heredes ceu non bonæ fidei poſſeſſores *fac. l. 1. C. Quib. vt indign. hered.* exerceri poſſint, quoties pro ablata pecunia ciuiliter pœnæ vindicatio contra eos inſtituitur *juxt. d. l. vlt. l. 2. C. Repet. l. 2. D. eod.* ad differentiam pœnarum corporalium *l. 2. in fin. de publ. jud.* quibus heredes ne quidem in judiciis publicis tenentur magis, quàm in aliis capitalibus. Ac quidem ita, niſi eſſet, non iniuriè cum Veſembecio *in paratit. ad tit. ad l Iul. pecul.* ac aliis miraremur, iſthæc iudicia cum ex tam atrocibus delictis proficiſcantur, cur non juſtiori ratione aduerſus heredes negari debuerint, quàm judicia priuata, niſi ex lege publica, veluti, Iulia vindicatio hæc procederet magis, quàm ex delicto *fac. l. 30. D. de leg. Corn. de falſ. l. 42. de bon. libert.* Tantum abeſt, vt heres iis teneatur, quà heres. Quid enim heres ſi iis quà heres conueniretur, aut in ſoli-

dum teneretur, aut de eo quod ex delicto defuncti ad eum peruenit. At enimuerò nuſpiam ſcriptum in judiciis Maieſtatis, repetundarum, de Reſiduis & peculatus heredem in ſolidum, aut de eo, quod ad eum peruenit, teneri. Præterquam, quòd ita ſi eſſet, perſonalis ex delicto actio, non vindicatio ex legibus publicorum judiciorum fiſco debuiſſet concedi. Vindicatio quippe eam habet naturam, vt aduerſus heredem detur non quaſi in heredem, ſed quà poſſeſſorem rei alienæ. Plane vt longè rectiùs hæc concedi debuerit in judiciis Maieſtatis, Repetundarum, de Reſiduis, & peculatus. Quid ita? pro mortuo viuum, hoc eſt, pro nocēte defuncto innocentem heredem viuentem corporaliter vel in bonis propriis non à defuncto ad ſe deuolutis; id eſt, in ſecundo ſuo ſanguine puniri; inhumanum foret: multò minus vt permittere potuerit juriſprudentia, qua vtimur. Atat hoc contingeret, ſi perſonali judicio heres quà heres in ſolidum teneretur. Aliud proinde & in grauiſſimis iſtis criminibus non iniquè conſtituendum fuit, defunctum puniri in bonis, quæ heredi reliquiſſet, ſi non deliquiſſet *fac. l. 2. C. vbi cauſ. fiſc. conſ.* Radulphi. Forner. *3. rer. Quotid. 17.* Idque cum ita ſit; hereditatem ergo Rei dum vel totam, vt in crimine Maieſtatis, vel pro parte, vt in crimine Repetundarum pro rata qua-
drupli

drupli ex legibus publicorum judiciorum ab herede Rei fiſcus vindicat, primum non quà hereditas eſt, eam vindicat, ſed quà bona habet poſt contractum crimen ipſo jure Dominii ſua *l. 15. §. 1. & 2. Ad SC. Syllan.* quæque hereditatis nomine veniſſent propriè, ſi defunctus non iſta crimina commiſiſſet. Deinde vindicat ea ab herede non quà herede, ſed quà poſſeſſore jus poſterius & per conſequẽs titulum æquè bonum non habente. Aut vtique id ita ſi non eſſet, pœna ab herede malè vindicari diceretur *in d. l. 20. de Accuſ. l. 1. l. 3. C. Quib. vt indign. her.* Quoties autem vtriuſque causâ lucri ratio vertitur, is præferendus eſt, cuius in lucrum cauſa tempore præcedit *l. 98. de Reg. jur.* Hîc verò cauſa fiſci tempore præcedit cauſam heredis. Quæ quoque ratio eſt, vbi fiſco jus competit extra judicia ex legibus iſtis publicis publica *fac. l. 1. D. de iur. fiſc.* vt crimine morte Rei extincto fiſcus adhuc perſequi poſſit bona defuncti, in quibus jus habet, idque contra heredem, qui ſcelere *l. 9. D. de iur. fiſc.* & obſtante jure ea præſumpſerit adquirere *l. 22. Ad SC. Syll.* vel ſupprimere *l. 14. de public.* Neque exempla dum adſpicio, vllam præbent difficultatem. Ingratitudo heredis mortem eius, cui ſucceſſit, vlciſci negligentis ipſo jure jus in bonis defuncti fiſco tribuit *d. l. 1. de iur. fiſc. l. 5. §. 2. l. 8. §. 1. D. Ad SC. Syll. l. 9. C. eod.* Næ inde fieri credendum,

vt morte heredis jus fiſci, quod habet, quia ſit pecuniarium, memoriam defuncti honorans, heredem nulla pœna onerans, in pecunia vtpote, ſeu bonis defuncti ipſo jure ceu ſuis conſiſtens, non extinguatur *l. 22. Ad SC. Syllan.* multò minùs vindicatio, quam ei tribuit bonorum iſtorum publicatio. Neque diſſimile exemplum eſt, cum aduerſus leges commiſſum factum eſſe nuntiatum eſt *fac. l. 1. de jur. fiſc.* Siquidem commiſſi perſecutio ſicuti aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ſic & aduerſus heredem fiſco competat *l. 14. de publ. & vect.* ac ſi diceret Vlpianus non alio modo competit aduerſus heredem, quàm aduerſus quemlibet poſſeſſorem: vt intelligeremus heredem teneri non quà heredem, ſed quà poſſeſſorem. Sententia; quæ quoque danda Papiniano, dum ſcribit fraudati vectigalis crimen ad heredem eius, qui fraudem contraxit, non ratione criminis, ſed ratione commiſſi, hoc eſt, rei, cuius nomine vectigal ſoluendum fuerat; & quia ſolutum non ſit, ideo amiſſæ & fiſco adquiſitæ tranſmitti *l. 8. D. tit.* Aliàs quidem ſcimus, pœnam, cuius fit mentio *in l. 5. §. 1. D. tit.* quamque publicani ſubeunt, ſi illicitè publicè priuatimque quid exegerint *l. 9. §. 5. D. de publican.* ab heredibus eorum peti non poſſe, ſi non eſt quæſtio mota viuo eo, qui deliquit, & hoc ſicuti in ceteris pœnis, ita & vectiga-

libus

libus obſeruati *juxt. l. vlt. §. 12. D. tit.* Sed-enim aliam habet naturam pœna commiſſi; cum ea ſi perſonali actione ab herede, quà heres eſt, peti poſſet, falſum eſſet, quod ſcriptum eſt *in d. l. 14.* videlicet cõmiſſum ſtatim poſt cõmiſſum fraudati vectigalis crimen deſinere eſſe eius, qui vectigal fraudarit, & fiſco eius rei Dominium ipſo jure adquiri. Certè id ita quoniam Reipubl. cauſa cõſtitutum, fruſtra quoq; laboremus: vtrum ab herede commiſſum vindicare fiſcus prohibeatur, lite cum defuncto non conteſtata. potuit viuente Reo fiſcus vindicare bona ipſo jure publicata. Poteſt poſtea vindicare, quandocunque ei libuerit, etiam Reo mortuo, ſiue viuo litem mouerit, *vt in l. 9. de jur. fiſc.* ſiue non *l. 22. Ad Sc. Syll.* poſteaquam nec fiſcus, nec priuatus ob litem cum defuncto non conteſtatam perdere poſſit rẽ, quæ moriente Reo & ante jam ſua fuerat. Ad ſummam mors non impedit pronuntiandum, neq; extinguit pronuntiatum vt verbis vtar doctiſſimi Roſenthalii *c. 10. Synopſ. feud. concl. 40.* ex Baldo *ad Rubric. C. Si pend. app. mors.* Ingrata autem heres, quæ mortem defuncti neglexit vlciſci, vi proprii criminis bona, quæ amiſit, nullò bonæ fidei colore potuit vſucapere *in d. l. 22. d. §. 9.* plane vt hoc in caſu viuat diutius jus fiſci *l. 1. §. 3. de jur. fiſc. l. 2. §. 1. l. 3. de Requir. Reis*, quàm quod cum accuſatore commune habet in

cognitione aperti aduerſus Senatuſconſultum teſtamenti eius, qui à familia ſua occiſus dicatur *l. 13. l. 25. §. 2. D. Sc. Syllan.* Interpretes vulgò docent in criminibus priuatis, lite cum defuncto non conteſtata, pœnas in heredes non tranſmitti: ſed iſtam regulam non procedere, quando pœna imponatur ipſo jure: Quaſi poſteriore hoc caſu benè dentur contra heredem, etiamſi nihil ad eum peruenerit, ita probari *in d. l. 22. Ad Sc. Syllan. in d. l. 14. de publican. conf.* Bartol. *ad l. 1. de priuat. del.* Vaſq. *3. illuſtr. quæſt. 96. num. 21.* Proſp. Farinac. *in prax. crim. libr. 1. tit. de Inquiſ. quæſt. 10.* Ant. Gomeſ. *3. var. reſ. c. 1. num. 84.* Cacher. *deciſ. 149.* Gothofr. *ad l.* CXI *de Reg. jur.* Tiraquell. *in l. ſi vnquam in verb. reuertatur C. de Reuoc. donat.* Contrà nos diſtinguendum arbitramur inter actiones perſonales ex delicto, quas habet priuatus, & reales, quas vi Dominii ex lege aliqua vel SCto habet fiſcus. Aliam habet naturam actio perſonalis, aliam realis. Fiſcus habet actionem realem *in Dd. ll. conf. l. 34. l. 35. de jur. fiſc. l. 11. §. 2. §. 4. de publican.* Et quo igitur modo hæc exceptio adaptaretur iſti regulæ? Multò minus vt vindicatio aduerſus heredem quà heredem in ſolidum contra naturam ſuam competere poſſit. Atqui negant ipſo jure bona Reo adimi in judicio Maieſtatis, ſed ſententiâ ſolâ & damnatione; Goth. *ad l. 15. Qui & à quib.*

Paul,

Paul. Buſ. *in comm. ad l. 20. de Accuſ.* Bart. *ad l. Imperator D de jur. fiſc.* multò magis vt credere debeamus ſimiliter bona confiſcari *in d. l. 22. ad Sc. Syll. l. 14. de publican. l. vlt. Ad l. Iul. pecul.* Non mouemur. Quid enim accuſatio non facit amitti bona, ſed lex ob criminis perpetrationem. Vnde Imperator Antoninus Calphurnio Critoni diſertè reſcripſit, ex eo tempore, quo quis propter facinorum ſuorum cogitationē de pœna ſua certus eſſe poſſit, multò priùs conſcientia delictorum, quàm damnatione jus Dominii eum amiſiſſe, *l. 15. D. Qui & à quib. man. l. 20. de Accuſ. l. 9. Ad SC. Syll. l. 34. de jur. fiſc.* ac quidem in cauſa datæ libertatis, quæ tam fauorabilis; plane vt mirer, quid in mentē venerit viro acutiſſimo *7. conject. 20.* cum ſcribit, poſt contractum crimen bonorum ſuorum Dominum manere, etiam Reum Maieſtatis: Expreſsè contrarium reſcriptum eſt *in d. l. 15.* ac quidē rectè; *conf. l. 20. de Accuſ.* Sententia non tam adimit Dominium, quàm ab ipſo commiſſi delicti tempore ademptum & fiſco adquiſitum declarat, *fac. l. 8. §. 4. D. Si ſeru. vind.* Ceteroquin nō fieret, vt poſt cōtractum prima actio, quæ fiſco competeret, rei vindicatio foret *l. 20. de Accuſ.* Aliud eſt rei vindicationem inſtituere: aliud occupare. Ante damnationem illa inſtitui poteſt, præſuppoſitâ damnatione ſecutura *fac. l. 3. §. 1. §. 3. de bon. eor. qui ant. ſent.* Hæc

poſt damnationem demum admitti debet, *l. 29. de iur. fiſc.* Neque dum ex ipſo contracti criminis tempore jus fiſco damus, Marciano minùs adſentimur *in l. 15. de donat.* Siquidem eo loco non tractetur de talibus criminibus, quæ etiam mortuis Reis, cum quibus nihil actum, exerceri adhuc placuerit; vt bona eorum fiſco vindicentur. Qualia crimina ſunt Maieſtatis, Repetundarum, de Reſiduis, peculatus, & ſi quæ alia, ex quibus ipſo jure bona deſinunt eſſe eius, qui crimen contraxit *juxt. l. 20. de Accuſ. l. 22. Ad SC. Syllan. l. 14. de publ. & vect. l. 15. §. 3. Ad SC. Turpil. vid. ſupr.* Quid ergo, tractat Marcianus *in d. l. 15.* de admiſſis quidem, quæ ex legibus publicorum judiciorum veniunt, cum aliàs nulla exiſteret dubitandi ratio; cur poſt contractum crimen capitale donationes factæ non valerent, niſi condemnatio tales donationes ſecuta fuerit, ſed talibus, ex quibus non tranſeant pœnæ bonorum ademptionis, quàm ſi lis conteſtata & condemnatio fuerit ſecuta *juxt. l. 20. de Accuſ.* Aut ita ſi non eſſet, cur in condemnationis tempore, vtrum ſecuta fuerit crimen, & præceſſerit donationes; an verò ſecuta fuerit donationes, vniuerſa decidendi ratio conſiſteret. Quòd ſi autem crimen capitale contractum fuerit, & medio tempore, priuſquam condemnatio ſequeretur, donationes factæ, valere vtique eas extra

dubium

dubium eſt. Quandoquidem plerumque fiat, vt etiam ea, quæ nobis abire poſſint, perinde in eo ſtatu ſint, atque ſi non eſſent eius conditionis, vt abire poſſent, & ideo, quod fiſco obligatum eſt, & vindicare interdum & alienare poſſumus *l. 205. de Reg. iur.* Atque illud expreſsè deciſum video *in d. l. 15. de donat.* nimirum valere donationes, ſi condemnatio donationes ſecuta fuerit, non valere donationes poſt contractum crimen, ſi condemnatio donationes præceſſerit, & ſecuta fuerit crimen. Ratio juris eſt, quod ex admiſſis taliliter capitalibus bonorum ſuorum adminiſtratio Reo adempta non cenſeatur, nedum Dominium, priuſquam condemnatio fuerit ſecuta *l. 20. de Accuſ.* Sententia; quam nondum adſecutus fuit vir Ampliſſimus *97. decad. err. 7.* Quamuis vidiſſe videri poſſit ſententiam nõſtram, qua varietatem lectionis conciliauimus *5. Membr. 19.* Quid tum? comprobatorem nacti ſumus virum egregium *9. Donell. enucl. 10.* ac certè aliter juris ratio non conſtaret. Quid enim, ait Aduerſarius *D. loc.* emendatiorem eſſe lectionem vulgatam hoc modo. *poſt contractum capitale crimen donationes facta valent ex Conſtitutione diuorum Seueri & Antonini, niſi condemnatio ſecuta ſit.* Ex qua lectione, ſi placet, duplex ſumatur ſententia. videlicet non valere donationes, ſi condemnatio ſecuta fuerit ipſum crimen, & præceſſerit donatio-

nes:

nes: aut non valere donationes, ſi condemnatio ſecuta fuerit donationes. Alterutro namque ſenſu, oportet, lectio iſta accipiatur, vel vtroque. Atat vtroque non ita poteſt vtraque recipi, obſtante juris ratione. Igitur vtra melior, diſpiciendum eſt. Prima tolerari poteſt non tantùm, ſed eâdem juris ratione vehitur, quâ lectio Florentina *in d. l. 15.* regitur, *vid. Membran. noſtr. D. loc.* Poſteriorem ſecutus eſt Faber *7. coniect. 20.* ſequiturque etiamnum *97. decad. err. 7.* negligentia quadam magis, vt opinor, quàm defectu ſcientiæ. Aut ecquæ ratio ab eo reddita, cur poſt contractum crimen capitale donationes non valerent, ſi eas condemnatio fuerit ſecuta? *Non valet,* inquit, *eo caſu, quod ſecuta quandocunq; condẽnatione tum demum apparent, non ſine ſuſpicione pœnæ factum fuiſſe donationem, eamque rationem facere & ſufficere, vt non valeat l. 7. de mort. cauſ. donat.* In contrarium namque valere eas donationes, quas ſecuta fuerit condẽnatio, tam apertum eſt *ex d. l. 15.* quã quod apertiſſimum. Quid ita? agit in ea Marcianus de crimine capitali, quod eſt publicum *l. 2. de publ. jud.* ex publicis criminibus, Rei jam peracti & damnatione conuicti nihil alienare poſſunt *l. 8. §. 1. de manumiſſ.* aliàs ante condemnationem Reus manet Dominus ſuorum bonorum: adeo vt ex illis alienare & manumittere non prohibeatur, donec condemnatio

ſecuta

ſecuta non fuerit *l. 20. de Accuſ.* Ergo & donare ante condemnationem quo jure donatarius, vtut criminis capitalis Reus, prohiberetur *in d. l. 15.* Atqui Antonii Fabri opinio ſi reciperetur, donationes ab eo ante condemnationem factæ non valerent, & per conſequens poſt contractum crimẽ capitale etiam ante condemnationem Reus deſineret eſſe Dominus ſuorum bonorum. Quo quid alienius? In judiciis Maieſtatis & Repetundarum, ex quo quis tale crimen contraxit, nihil ex bonis ſuis alienare, aut manumittere poteſt *d. l. 20. de Accuſ.* in judiciis ceteris capitalibus, antequam condẽnatio interceſſerit, Reo nulla ex bonis ſuis alienatio, vel manumiſſio, vel donatio vſpiam inhibita eſt, *vid. d. l. 20. d. l. 15.* Tantum abeſt vt illegitima illa valeat ratio, dum ait condemnationem quandocunque ſecutam, quominus donatio valere poſſit, facere debere, non quò magis valere poſſit, operari. Appello rationẽ hanc illegitimam partim ex eo, quod ex lege nulla poſſit confirmari, partim ex eo, quod illegitimè per eam donationis validitas imputetur condemnationi, à qua robur nullum accipiat. Valet donatio ante condemnationem vi Dominii quod ante condemnationem donatori adhuc competit liberè. Non valet donatio poſt condemnationem propter Dominium condemnatione adem-

ademptum à condemnationis tempore *l. 20. de Accuſat.* idemque eſt etiam in mortis cauſa donatione veluti cum mortis cauſa aliquis donauerit, & pœna capitis fuerit adfectus, iſta donatio remouetur vt imperfecta *juxt. l. 7. de mort. cauſ. don.* non tam propter conſcientiam delicti, ex cuius cogitatione de pœna ſua quodammodò certus, citra ſuſpicionem pœnæ ad cogitationem mortis vix videatur deſcendiſſe *arg. l. 15. Qui & à quib. manum.* nedum ad donationem mortis cauſa proceſſiſſe: quàm propter ſubſecutam condemnationem. Quid ita? in donatione cauſa mortis pendet jus Dominii *l. 19. de Reb. cred. l. 29. de mort. cauſ. don.* adeò vt quouis tempore, etiam dùm pendet, an mortem euaſurus ſit donator, reuocari poſſit *l. 16. de mort. cauſ. don. l. 30. D. tit.* nedum vt donatio iſta confirmetur, antequam mors eam confirmauerit *l. 32. de mort. cauſ. don.* Ratio, quæ efficit, vt eo tempore, quo donator capitis pœna afficitur propter condemnationem, quæ mortem iſtam antecedit donatio mortis cauſa perfici minus poſſit *in d. 7. de mort. cauſ. don.* ideoque ceu imperfecta dicatur remoueri; nimirum, propter jus fiſci vtpote, quod jam inceperit ab ipſo condemnationis tempore, quo donatio nondum erat perfecta *d. l. 32. de mort. cauſ. don.* quôque vt perficeretur, condemnatio jam impediret, fiſcoque jus adquiſitum

eſſet,

eſſet. Eaque dum conſidero, ſatisfaciunt magis, quàm vt ſoli pœnæ ſuſpicioni imperfectio hujus donationis attribuatur, aut etiam ſecutam poſtea quandocunque condemnationem ad tempus delicti retrotrahi neceſſarium ſit. Siquidem irrita fiat donatio à tempore eo, quo facta fuit defectu temporis, quo perfecta fuiſſet, ſi condemnatio nulla ſubſecuta fuiſſet. Quid ergo generaliter Vlpianus ſcripſit donationes cauſa mortis ſine ſuſpicione pœnæ factas valere *d. l. 7. de mort. cauſ. donat.* donatio cauſa mortis ante contractum crimen capitale facta ecqua tandem pœnæ ſuſpicione probabili facta cenſeri poſſet? Superuenit tempus contracti criminis capitalis, quo ſuſpicio pœnæ durante adhúc donatione deſumi peræquè poſſit, maximè cum perfecta non cenſeatur donatio cauſa mortis, antequam mors inſecuta ſit *l. 30. de mort. cauſ. don.* Quid tum? non eſt nouum vt quæ ſemel vtiliter conſtiterunt, durent, licet ille caſus extiterit, à quo initium capere non potuerunt *l. 85. §. 1. de Reg. iur.* Donatio cauſa mortis ante contractum crimen facta ſine pœnæ ſuſpicione facta eſt, nullâ delicti conſcientiâ vitiata eſt; ad ſummam ſemel conſtitit, ergo videretur vtique valitura *iuxt. d. l. 7. de mort. cauſ. don.* De donatione cauſa mortis, quæ poſt ſceleris capitalis conſcientiam facta fuerit agitur *in*

d. l.

d. l. 32. §. 7. de donat. inter vir. & vxor. aut cur mortem ob ſceleris conſcientiam ſibi conſciuiſſe donator eo loco poneretur, memoriaue eius poſt mortem eius damnata? Verumenimuerò hæc ſpecioſè magis, quàm verè ita deducuntur. Ratio autem decidendi eſt, quod donationes cauſa mortis ante contractum valeant, *juxt. d. l. 7. de mort. cauſ. don.* ſi donator indemnatus deceſſerit, *arg. l. 9. Qui teſtam. fac. l. 20 Accuſ.* non valeant, ſi damnatus & pœna capitis fuerit affectus *iuxt. d. l. 7. d. l. 32. §. 7.* & præterea, quod donationes cauſa mortis poſt contractum crimen capitale citra ſuſpicionem pœnæ factæ valeant, ſi donator indemnatus deceſſerit *fac. d. l. 9.* non valeant, ſi condemnatio capitalis mortem eius anteuorterit *d. l. 7. d. l. 32. §. 7.* eiuſque juris quæ ſit ratio, jam antè explicatum eſt, confirmatur præterea ex eo, quod teſtatio teſtamentaria cum iſto modo procedat *iuxt. d. l. 9.* multo magis in donatione cauſa mortis idem admitti debeat, præſertim cum vltimis voluntatibus ſit ſimilior, quàm contractibus *§. 1. Inſt. de donat.* Ac quidem hæc, inquies, quorſum tam latè? tam latè inquam, ne poſthac iſta ratione vtare, quæ extat 97. *decad. err. 7.* quaſi ſecuta quandocunque condemnatione tum demum appareat, non ſine ſuſpicione pœnæ factam fuiſſe donationem, eaque ratio ſufficiat, vt donatio non valeat,

iuxt.

iuxt. d. l. 7. de mort. cauſ. don. Quâ ratione ecquid alienius? ante & poſt contractum crimen capitale ad donandum cauſa mortis cogitatione aut metu mortis naturalis prouocari quis poteſt, & ſic citra ſuſpicionem pœnæ. Quid audio, ſi condemnatio fuerit ſubſecuta, tum apparebit, non ſine pœnæ ſuſpicione talem donationem factam eſſe, quæ ante contractum crimẽ capitale facta fuerit: ſin nõ fuerit condemnatio ſecuta, tum apparebit, ſine pœnæ ſuſpicione eam factam eſſe. Doctrina profectò quæ ferri non poteſt, vtpote legibus deſtituta, rationi ſanæ contraria. Mortis cauſa donatio fit multis modis: aliàs extra ſuſpicionem vllius periculi à ſano & in bona valetudine poſito, & cui ex humana ſorte mortis cogitatio eſt. Aliàs metu mortis, aut ex præſenti periculo, aut ex futuro; ſiquidem terra marique, tam in pace quàm in bello, & tam domi quàm militiæ multis generibus mortis periculum metui poteſt *l. 35. §. 4. de mort. cauſ. don.* Sed enim ita qui mortis cauſâ donauerit, vt ſi pœna mortis fuerit adfectus ex crimine illo vel illo, tunc haberet, cui donatum eſt, *arg. l. 29. de mort. cauſ. don.* hæc & eiuſcemodi donatio reprobatur; quia facta ſit ex ſuſpicione pœnæ *fac. d. l. 7. de mort. cauſ. don.* & in fraudem fiſci tendat notoriè. Ceteræ autem donationes cauſa mortis tam ante, quàm poſt

contractum crimen capitale valent, niſi condemnatio fuerit ſubſecuta *iuxt. d. l. 7. l. 15. de donat.*

CAP. II.

De natura actionum popularium, & nominatim Interdicta popularia quatenus aduerſus heredes durent.

POpulares actiones eas dicimus, quibus vnuſquiſque ſuum jus populi tuetur *l. 1. de pop. act.* populi, id eſt, populi nomine, eâ loquendi formulâ, quâ ſeruum noxæ dedere eſt, nomine noxæ eum dedere, qui noxam commiſit §. 5. *Inſt. de noxal. act.* acſi diceres, nomine noxæ dare noxam *fac. l. 7. §. 1.* ibi *noxam det,* Quod vi aut clam. vt & in *l. 224. de v. S.* victus maleficii pro *victus maleficii nomine.* Siquidem ad id potiſſimum cõparatæ ſint, vt per eas jus ſuum vnuſquiſq; ceu vnus ex populo populi nomine defendat, ne ex populo aliquis damno magis adficiatur, quã populi nomine jus populi illud, quod aliàs publicum adpellatur. Quamuis tam publicis vtilitatibus quàm priuatorum per eas proſpiciatur. Quæ enim per eas defenduntur, illa priuatorum vſibus deſeruiunt jure ſcilicet ciuitatis non quaſi propria cuiuſque, & igitur in quibus tantum juris habemus ad obtinen-

dum,

dum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet, veluti ſi quod forte opus in publico fiet, quod ad priuati damnum redundet; interdicto *Ne quid in loco publico* experiundum eſt, *l. 2. §. 2. Ne quid in loc. publ.* Interdictum, quod perpetuum & populare eſt; perpetuum propter vtilitatem publicam *d. l. 2. §. 44. &* quoniam condemnatio ex eo fiat, quanti actoris interſit *d. l. 2. §. 34.* citra aliam pœnam: populare; quia cuiuis ex populo competit *l. vnic. §. 9. Ne quid in flumin. publ.* ſiue interdicto prohibitorio agatur *d. §. 34.* ſiue reſtitutorio *d. l. 2. §. 36.* Heredi autem & in heredem neutrum dandum videtur ex natura popularium actionum, vtpote quæ in bonis actoris non ſunt *l. 32. Ad l. falc.* ante litis conteſtationem *l. 12. de v. Sign.* Ergo poſt litis conteſtationem, quòd heredi & in heredem hoc interdictum detur, vi litis conteſtatæ fit, non ex natura interdicti. Aliàs heres non quaſi heres ſed ſuo nomine hoc interdicto vti poteſt contra heredem, non quaſi heredem, ſed nomine proprio *arg. l. 12. §. 6. Ad exhib.* ad omittendum, quod ei prohibetur, in publico ne fiat, ad reſtituendum ſuo ſumptu, quod ipſe ei, qui interdixit, fecerit, vel juſſu eius alius, aut ratum habitum ſit, quod fecit; ſin nihil horum interueneiit, & habuerit factum, ad præſtandam patientiam *iuxt. d. l. 2. §. Ne quid in loc. publ. fac. l. 22. de nou. op. nunt.*

Idem, quod de hoc populari interdicto jam dictum, dicendum exiſtimo de interdictis, *Ne quid in flumine publico fiat, tot. tit.* item de locis itineribuſq; publicis *tot. tit.* quæ itidem popularia ſunt *l. 1. §. 9. Ne quid in loc. publ. l. 1. de loc. itiner. publ.* niſi forte notatione dignum alicui videatur, cur interdictum, *ne quid in flumine publico fiat*, aduerſus heredes competere tam apertè ſcriptum ſit *in d. l. 1. §. 10. Ne quid in flumin. publ.* aliter quàm cetera iſta interdicta popularia. Ac ita eſt, res hæc ſollicitos valde, feciſſe videtur Oldendorpium *6. claſſ. act. 17. &* Arnold. ab Haerſolte *6. part. Aduerſ. act. 52.* dum exiſtimauêre contra regulam juris & naturam popularium actionum, *interdicta ne quid in loco publico, vel itinere fiat*, aduerſus heredes tranſire. Sollicitudo; quæ jam per hanc noſtram explicationem correcta, niſi fallor, & feliciter ſublata eſt. Quod autem ad interdictum iſtud poſterius, *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque vti priore æſtate fluxit*, attinet; reſpondiſſe video viros ſummos, nimirum, Oldendorpium *d. 6. claſſ. act. 18. &* Arnold. ab Haerſolte *6. part. Aduerſar. act. 58. & 59.* quaſi in heredes competat, *iuxt. d. l. 1. §. 10. Ne quid in flumin. publ.* ſcilicet ſi & ipſi id pergant continuare, quod defunctus inchoauit: in qua ſententia & eruditiſſimum Gothofredum eſſe animaduerto *ad d. l. 1. §. 10. in not.* neque reprehenderim: tamen & ali-

quid

quid mihi ſi fas addere: adderẽ interdictum iſtud quà prohibitorium non dari aduerſus omnes, qui aliquid immisêre vel fecere vel continuauêre, verùm aduerſus eum, qui denegârit, vt aliter aqua flueret, cum jus non haberet *l. vnic. §.3.& §. 9. Ne quid in flum. publ.* inde probari; defunctum non vltra obligatum fuiſſe, quàm ad præſtandam patientiam, vt aqua fluat, quà priore æſtate fluxerit *d. l. vnic. in princ. §. 8. D. tit.* Plane minùs mirum vt ſit, ſi hoc interdicto heres ad eandem præſtandam patientiam teneatur, ad quam defunctus obligatus fuerat, cum vel ex delicto ſi defunctus vltra obligatus fuerit, non inſolens exiſtat, vt heres ad præſtandam patientiam teneatur; vtpote in qua nihil pœnæ verſetur *fac. l. 22. de nou. op. nunt.* Heres non ſolùm Dominii defuncti, ſed & omnium obligationum ſucceſſor eſt, ſiue *actiua* exiſtant, vt loqui ſolemus de illis, quæ ei competunt, ſiue *paſſiua*, quæ in eum competunt *l. 37. de Acq. hered. ibi* Gothofr. *l. 177. de Reg. jur.* Paſſiua fuit obligatio in hoc prohibitorio interdicto, qua defunctus tantùm fuit obligatus; quoniam ad præſtandam meram patientiam fuit obligatus. Ergo quid ni in talem obligationem heres ſuccederet *juxt. d. l. vnic. §. 10. Ne quid in flumin. publ.* præſertim cùm vel in reſtitutorio interdicto de eo, quod in flumine publico factum fuerit, nō poſſit eſſe liber à præſtanda

patientia, quò quod factum fuerit deſtruatur, & aqua ad curſum prioris æſtatis coërceatur, *fac.l.2.§.43. in fin. Ne quid in loc. publ. l. 22.de nou.op. nunt.l. vnic. §.12. Ne quid in flum. publ.l.1.§.12. de fluminib.l.1.§.9.de fonte.* aut ex ſua perſona conueniatur, ſi id fieri ſimiliter non patiatur, *arg.l.12.§.6. Ad exhib. l.8.§.8.D. de precar.*

CAP. III.

Actiones populares aduerſus heredes non competere: pœnamque in iis, quæ petitur, deberi eam petenti, non fiſco.

IN actionibus popularibus, is, cuius intereſt, præfertur ad earum exercitionem *l.3.§.1. de popul. act.* Aliàs, qui primus volet, admittitur. Illo caſu contendit actor ad nullam pœnam, ſed ad id quod ſua intereſt *l.6. de pop. act. l.2.§.34. Ne quid in loc. publ.* Ratio, quæ eſt, cur & ea interdicta, quæ popularia ſunt, rei perſecutoria, perpetuaque exiſtant: ac etiam ad heredes tranſeant. *iuxt.l. vnic. §.10. Ne quid in flum. publ. d. l. 2. §. Ne quid in loc. publ.* aliter, quàm cum actionibus popularibus aliis comparatum *l. 8. de pop. act.* In hiſce namque jus quidem ſuum actor quoque perſequitur, ſed jus ſuum, quod propriè ſuum non eſt, ante

litis

litis conteſtationem *l. 12. de v. Sign.* ſed jus ſuum, quod populi nomine ſibi (ita lege concedente) agenti competit *l. 1. de pop. act.* id quod iterum adnotandum exiſtimauimus; ne quis exiſtimet, actiones populares, quoniam merè pœnales ſunt, competere ei, cuius nihil interſit, *vid. ſupr. libr. 1. c. 17.* Rectè dicimus actiones haſce merè pœnales eſſe; quandoquidem per eas & pœnam perſequatur actor, & pœnam ſoluere cogatur Reus. Actor jus ſuum populi nomine tuetur *juxt. l. 1. de pop. act.* accipiendo pœnam, Reus luit luendo. Quæ ratio eſt, cur omnes tales populares actiones neque in heredes dentur, neque ſupra annum extendantur *l. vlt. de popul. act. vid. ſupr. libr. 1. c. 14.* Neque diſputandum de eo tam acriter; vtrum ex populari actione pœna actori debeatur, an fiſco. Conſtituta eſt in actionibus popularibus pœna in publico, vt quiuis ex populo, qui volet agere, agendo eam conſequatur loco præmii cuiuſdam publici *fac. l. 3. de termin. mot.* pro defenſione juris ſui ſine jure ſuo, extra quam nomine populi *fac. l. 1. de pop. act.* Plane vt fiſco hac in pœna participanda nullus pateat acceſſus, nedum concurſus pro parte dimidia. Quod malè ſcripſere Goueanus *ad l. 7. de juriſd.* & Veſembecius *in paratit. ad D. tit. num. 13.* ſi ita ſcripsêre prout narrantur ſcripſiſſe ab hieron. Treutlero *1. part. diſp. 4. th. 9.* Quam non probo,

Agere poteſt fiſcus,& priuati actoris adinſtar judicio populari pœnam auferre? Cum non agit,is, qui agit, ad ſolam pœnam præferendus eſt *l. 7. & l. 9. de juriſdict. l. 3. in princ. de Sepulch. viol. l. fin. de litigioſ. l. 5. §. hac autem actio de his qui deiec. l. 12. de v. Sign. ibi* Iohan. Godæ. Actio eſt jus perſequendi in judicio, quod mihi debetur ſecundum ciuitatis Romanæ jura. Quod ſi autem eſt jus perſequendi, & mihi datur actio popularis ad pœnam exigendam; recte vtique iſta pœna mihi deberi quid ni diceretur? Ita Zaſius ex Iaſone *ad l. 7. de juriſd.* non malè: maximè cum poſt litis conteſtationem actor non fieret in actione populari creditor *juxt. d. l. 12. de v. Signif.* ſi fiſco & non ſibi pœna deberetur. Ante litem inſtitutam actio popularis, quæ iſtitui poteſt, in nullius bonis eſt *l. 32. Ad l. falcid.* quoniam cuiuis ex populo adhuc agere eo tempore liberum ſit,& neſciatur,vtrum aliquis, & quis ex populo ſit acturus. Poſt litem conteſtatam actio popularis in bonis eſt actoris, & auctoris litis conteſtatæ *d. l. 12. de v. Signif.* neque poſſis textum generalem *in d. l. 12.* reſtringere ad eum caſum, vbi propter intereſſe priuati actio popularis propoſita eſt, Rein. Bachou. *in not. ad Treutl. d. loc.* veluti in interdictis, *Ne quid in loc. publ. Ne quid in loc. itiner. Ne quid in flumin. publ. l. 6. de pop. act.* cum tales actiones populares etiam lite

nondum

nondum conteſtata in bonis ſint eius, cui iſtæ competunt *l. 2. §. Ne quid in loc. publ. d. l. 6.* Nos agimus de actionibus popularibus merè pœnalibus. Ac quidem ita, vt ſi actor, cuius priuatim intereſt, poſtpoſito eo, quod intereſt, malit ceu vnus ex populo agere ad pœnam; non tantùm admitti poſſit, ſed & nihilominus debeat præferri, *juxt. d. l. 3. §. 1. de pop. act.* Ceterùm ad contraria jam tempus vt reſpondeamus. Cenſet namque Clariſs. & Doctiſs. Bachouius *in not. d. loc.* probari ex *l. 3. de Termin.* quòd pœnam quinquaginta aureorum, quæ ex populari iſto termini moti judicio exigi poteſt, fiſco dari debere cõſtitutum ſit. Quod ſalua eius pace nõ eſt ita. Iuſſit Gaius Cæſar in terminos ſingulos, qui eiecti locoue moti, quinquaginta aureos *in publico* dari, id eſt in proſpectu populi *fac. l. 10. Ex quib. cauſ. maior. l. 3. §. 1. Ad l. Cornel. de vi publ.* in foro *d. l. 3. §. 1. 5. ſent.* Paul. *26.* in judicio *arg. l. 2. §. 8. de iudic. l. 3. de iudic.* loco pœnæ publicæ talis, cuius actio & petitio ei, qui iſto judicio agere volet, competat. Ita clarè in *d. l. 3.* Aut quæ tandem iſta foret ſententia; vt pœnam fiſco dandam eſſe juſſiſſet, actionem verò & petitionem eius pœnæ competere ei, qui volet, hoc eſt, cuiuis ex populo. Quaſi verò citra præmium vllum pro fiſco priuatus agere amaret vnquam. Quid enim actio de *termino moto* eſt actio popularis, id-

que ne ſciremus quidem, niſi id colligeremus *ex d. l. 3.* ex verbis iis *& eius actionem petitionem ei, qui volet, eſſe iubet.* Quod ſi autem fiſco pœna iſta popularis danda eſſet, deſineret actio iſta eſſe popularis, fieretque accuſatio publica ſine præmio, *arg. l. 25. in princ. Ad SC. Syllan.* Quod inauditum eſt. Actionem popularem eam dicimus, quæ priuato jus populi tuetur *l. 1. de pop. act.* non fiſco; item in quibus is, cuius priuatim intereſt, præfertur *l. 3. §. 1. D. tit.* non fiſcus; multo minus vt priuatus fiſco præferretur, aut etiam præferri cuperet vnquam, laboraturus pro fiſco. Quocirca hac in re, aliud amplector non illibens, quod & ſenſit eruditiſſimus Godæus *ad d. l. 12.* Ne judicia popularia confundantur cum publicis. Ita eſt, *ex publico* dari eſt, *ex fiſco dari in l. 25. Ad SC. Syllan.* quia publicum ibi, quod dicitur, ita dicitur propter bona occiſi, ex quibus ea quantitas, quæ ibi requiritur, redigi non poſſit. Plane vt alium ſenſum ibi vox *publici* non admittat. Alium & non illum admittit *in l. 19. de in jus voc.* vbi ex publico conſpici, non eſt ex fiſco conſpici. Aliàs inde ſi efficeremus, quia *ex publico* illic ſit *ex fiſco*, ideo Interpretari nos oportere, *in publico* eſſe vbique idem, quod *in fiſco*, vereor, ne oculi vel aures id ferrent. Igitur quantò melius eſt, vt pro ſubiecta materia explicemus, quid ſit *in publico.* Hic *in publico*, eſt, ſub dio, ſeu in conſpectu

ſpectu populi *in l.10.Ex quib.cauſ.maior.* in foro in templo, in porta, in conſpectu populi *in l.3. §.1. Ad l. Cornel. de vi publ.* in via publica *l.vlt.§.1. de Seruit. vrb. præd.* Duaren.*1.diſput.12.* fortè reſpectu hortorum, plaut. *in Stich. Act.4.ſcen.2. non metuo per hortum tranſibo, non in publicum.* in cuſtodia publica *l.48.de v.Sign.l.9.ex quib. cauſ. maior.* Profectò ſicuti his in locis *in publico*, nõ eſt *in fiſco*, ita fieri non poteſt, vt in publico ſit in fiſco *in l.3. de Termin. mot.* cum iſthic actio popularis deſcribatur, in qua pœna nunquã fiſco niſi quà vnà actori adiudicetur, ſed ſemper ex populo ei, qui agere volet *d. l. 3.* veluti in actione ex *Edicto* contra eum, qui aduerſus Edictum prætoris tabulas teſtamẽti aperuiſſe dicetur, fiſco ceu vnà actori ac quidem principali pars pœnæ dimidia tranſcribitur: alterã verò pars eius miniſtro in agendo *l.25.§.2.SC. Syllan.* Regulariter in cauſis fiſcalibus neq; facere quicquã neq; prohibere priuatus poteſt *l.2.§.4.ne quid in loc.publ.* Cum autẽ aliter nulla domus tuta eſſe poſſit, niſi periculo capitis ſui cuſtodiam dominis tã ab domeſticis, quã extraneis præſtare ſerui cogantur, igitur SCta introducta ſunt de publica quæſtione à familia necatorum habenda *l. 1. Ad SC.Sillanian.* & morte occiſi vindicanda ab eius heredibus; aut hereditate eius à fiſco occupanda, introducta actione populari ad vigilandum pro fiſco, ne mors occiſi inulta relinquatur, & hereditas

hereditas contra SCta ab indigno poſſideatur, quæ fiſco debeatur *l. 3. §. 29. l. 5. Ad SC. Sillan.* ac adeo etiam, ne quis ſciens dolo malo teſtamentum aperiendum, recitandum, deſcribendumque curet, priuſquam de familia quæſtio ex Senatuſconſulto habita, ſuppliciumque de noxiis ſumptum fuerit *l. 3. §. 18. l. 25. §. 2. D. tit.* In qua deinceps actione populari prudenter id conſtitutum fuit, vt pars pœnæ dimidia fiſco cederet; pars accuſatori, non quà accuſatori, ſed qui populi nomine ceu jus ſuum perſequatur, dum eam pœnam perſequitur. Quid ita? nummos ob accuſandum vel non accuſandum accipere prohibitum eſt *l. 8. de Accuſat.* deferre aliquid præmii conſequendi gratia famæ ſtatus non permittit *l. 2. de jur. fiſc.* Pro fiſco igitur & pro ſe vt agere intelligeretur, dimidia pœna fiſco, pars altera ipſi concedenda fuit; ne ceu de ſua cauſa agere videretur, ſi nihil de pœna fiſco daretur, deinde, ne ſi nihil de pœna ipſi permitteretur, ab agendo deterreretur. In ſumma jure actionis & pro fiſco & pro ſe peteret eam pœnam, ei concedendum fuit: ne præmii conſequendi gratia delator eſſe judicaretur. Atque eò ſpectaſſe prudentes veroſimile eſt, dum præmii nomine partem ei permisêre, ſed actionis jure, *in d. l. 25. §. 2. Ad SC. Syllan.* vt intelligeremus eam pœnæ partem non eſſe tam præmium verè, quàm loco præmii

accipi.

accipi. Quid enim, à fiſco ſi eam acciperet, ſiue jure actionis, ſiue ita jubente lege, præmium eſſet. Atenimuerò petit à Reo pœnam integram pro fiſco & ſeſe: deinde ſi Reus convictus fuerit & damnatus, ex bonis ejus eam conſequitur *d. l.25. §.2.* à quo crucem magis, quàm præmium mereretur. Similiter non etiam aduerſatur *l. 3. §. 5. de ſepulch. viol.* quandoquidem iſthic non tractetur de actione *ſepulchri violati*, quæ eſt actio popularis, *iuxt. d. l. 3. in princ.* Sed de pœna certa, quæ & quanta ex reſcripto diui Hadriani infligenda iis, qui in civitate ſepeliunt, aut ſi magiſtratus ſunt, id fieri paſſi ſunt. Aliud quod eſt, quàm ſepulchrum violare. Ceteroquin cuiuis ex populo jus daretur prohibendi, ne in ciuitate ſepulchra fierent. At hoc nuſpiam jus priuatis datum: neque expedit, vt detur magis, quàm jus publicum fieri priuatum.

CAP. IV.

Actio ex Edicto. Quod quiſque juris &c. *qualis naſci ſoleat, & an in heredes tranſitoria.*

Pœnæ & mulctæ diſſimilitudo primùm ex hoc apparere poterit, quia pœnæ certæ ſingulorum peccatorum ſunt, veluti dupli ex

cauſa furti nec manifeſti, quadrupli ex cauſa furti manifeſti, tripli ex Edicto vi bonorum raptorum, publicationis bonorum; relegationis, & quæ ſunt ſimiles, certis legibus quæ conſtitutæ ſunt, voluntatique judicantis in augendo minuendoue eas non ſubiectæ. Contràquàm cum mulcta comparatum. Hæc ſiquidem ab arbitrio judicantis dependet, quantam dicat, niſi cum lege eſt conſtitutum, quantam dicere debeat *l. 224. de v. Signif. l. 1. §. 4. Ad SC. Turpil.* pœnæ exemplum vt alia omittam, *ex Edicto Quod Quiſque juris in alterum ſtatuerit, vt ipſe eodem jure vtatur*, petere ſoleo; mulctæ talis, quæ quanta dicenda ſit, lege conſtitutũ ſit *iuxt. d. l. 224.* exemplum ex Edicto, *Si quis juſdicenti non obtemperauerit.* Quid enim in vtroque Edicto tam pœna quàm mulcta eſt certa, & propter legis auctoritatem inuiolabilis, quia immutabilis, non obſcurum nihilominus eſt, cur quæ ex priori Edicto proficiſcitur, pœna ſit, quæ verò ex poſteriori, cur mulcta. Nam actio ex Edicto *Quod quiſque iuris*, conceditur ei, in cuius præiudicium fuit ſtatutum vel impetratum nouum & inſolens jus, aduerſus Magiſtratum, qui jus ſuum nouum quod ſtatuit, non verbotenus minatus fuit ſe ſtaturum, ſed promulgauit in publico vt ſecundum illud vel judicaret ipſus, vel judicari curaret; ſicuti & aduerſus priuatum, qui jus ini-

quum

quum impetrauit; ſiue eo jure vſus fuerit, ſiue non, modò impetrarit vt eo vteretur *l. 1. §. 1. l. 3. Quod quiſque iur.* Plane vt pœna, quæ in hac actione verſatur, ei, qui ea juſtè vtitur, debeatur & adiudicetur: aliud quàm eſt in mulcta, vtpote quæ Magiſtratui vel fiſco debeatur, & ſolui debeat, *Dd. ad. l. fin. de feriis l. mulctarum l. fin. §. quod ſi quis C. de mod. mulct. l. 9. §. quod illicitè de publican.* Sed quæritur, ex dolo cum ſit iſta actio *l. 2. Quod quiſque iur.* & pœna exercenti hoc Edictum dicatur competere *l. 3. §. 2. & §. 5. D. tit.* vtrum habenda ſit pro actione ex delicto merè pœnali, an mixta, an verò merè rei perſecutoria. Ad quod vt reſpōdeam, puto magis ineptè iſtud quæri, quam facile, vt decidi poſſit. Quid ergo, qui propriam & ſpecialem actionem ex hoc Edicto deduxerunt hactenus cum Oldendorpio *1. claſſ. act. 1.* ac aliis vereor, ne decepti ſint valde, ſi non deceperint & alios. Acutius vir acutiſſimus dum ad *l. 3. §. 5. hoc tit.* opinatur ex Edicto non competere actionem pœnalem, ſed ipſo jure pœnam hanc, de qua Edictum conceptum, Magiſtratui duntaxat & ei, quo poſtulante jus nouum impetratum fuit, infligi: pœnam iſtam in heredem tranſire, non actionem aliquam pœnalem. Contra mihi videtur, actionem, quæ ex hoc Edicto naſcitur, non tam dari ex eo, quàm informari, vt ſit non propriæ alicuius actio-

nis

nis ſpecies, ſed qualitaś hinc deſumatur, quæ principali actioni inſtituendæ *fac. l. 3. §. 6. Quod Quiſque iur.* adiiciatur, vel exceptioni pro re nata obiiciendæ. Moueor, vt ita ſentiam, ex verbis Edicti; *Qui Magiſtratum poteſtatemue habebit, ſi quid in aliquem noui iuris ſtatuerit, ipſe quandoque aduerſario poſtulante eodem iure vti debet.* Igitur non ipſo jure tantùm, ſed aduerſario, in cuius præiudicium primitus jus nouum conſtitutum, agente & excipiènte, Magiſtratus eodem jure vti vtiq; jubetur: agente, ſi eandem actionem, quam nouè ſibi præſcripſerat, quandoque caſu ita ferente eidem intentet; excipiente, ſi Magiſtratu functus ordinaria actione ſeu jure ſolito in ſua perſona contra ſe vti præſumpſerit, eodem jure eum vti oportere, quod ei eodem caſu quondam dederat. Idemque in aliquid noui juris obtinente obtinet, nimirum vt quandocunque aduerſario, in cuius præiudicium aliquid juris noui impetrauit, poſtea poſtulante, eodem jure aduerſus eum decernatur *d. l. 1. §. 1. Quod quiſque iur.* Atque hæc cum ita ſe habeant, næ ideo factum opinor, vt non quæſitum ſit in hoc *Titulo*, vtrum actio inde aliqua ad heredem tranſeat, vtpote quæ ſpecialis nulla competat. Actio hinc informata tantùm eo jure ad heredem tranſit, vel non tranſit, quo tranſiret, vel non tranſiret, ſi ex hoc Edicto informata non eſſet. Sed quæſitum eſt;

eſt; vtrum pœnæ qualitas, quæ ex hoc Edicto deſumitur, cum qualibet actione tranſmittatur ad heredem *l. 3. §. 5. Quod quiſque jur.* ac reſpondit Vlpianus non ſolùm ipſi Magiſtratui, qui jus nouum ſtatuit, vel ei, qui impetrauit, ſed & heredibus eorum actionem ordinariam denegari in eo caſu, in quo jus nouum à defunctis, quos repræſentant, ſtatutum vel impetratum fuiſſet *d. l. 3. §. 5.* prudenter, prout videtur, ex priuatione juris ordinarii; neceſſitate vtendi jure nouo magis per conſequentiam impoſita, quàm approbata. Nec enim ſcribere voluit, heredes eodem jure vſuros perpetuò, quo defuncti juſſi erant & compulſi vti. Cùm hoc ita ſi ſcripſiſſet, eo ipſo jus nouum confirmaſſet ceu bonum & non nouum. Quocirca notandum diligenter, eam tantummodò pœnam ad heredes tranſmitti, quæ in priuatione juris ſoliti eo caſu, quo jus nouum ſtatutum vel impetratum, conſiſtit. Neque hoc nouè, aut contra eam regulam, quæ dictat actiones ex delicto merè pœnales aduerſus heredes prorſus non dari, ceteras dari, in quantum peruenit, non dari quoad cetera. Siquidem actio ſiue hereditaria, ſiue alia, quæ ex hoc Edicto informatur, non mutat naturam ſuam in ceteris, vt ex qua natura aliàs tranſeat, ea per hanc adſumptam qualitatem non ſiſtatur, quò minùs tranſeat, & econtra, quæ non tranſeat, nihilo

A a magis

magis hinc efficiatur, vt tranſeat. Heres eſt ſucceſſor eiuſdem juris, cuius fuit defunctus *l.59.de Reg. iur.* vti proinde debet eodem jure, facta ſucceſſione in ius, quod defunctus acquiſiuit & amiſit.*l.178.§.1.de v. Signif.* veluti in hoc Edicto, cuius vi ſolitum ius amiſit propter ius nouum, quod dedit vel impetrauit. Edictum, quod ſummam habet æquitatem & ſine cuiuſquam indignatione iuſta. Quis enim adſpernabitur idem ius ſibi dici, quod ipſe aliis dixit vel dici effecit *l. 1. Quod quiſque iur.?* plane vt ius nouum fieret, ſi non heres in iuris noui pœnam ſuccederet, hoc eſt, iuris ſoliti amiſſionem, cum ex perſona heredum conditio obligationis hereditariæ non mutetur *l. 2. §. de v. obl.* Quomodo ſi & Dn. Faber ſenſit *in Ration.ad d. l. 3. §. 5.* rectiſſimè ſenſit. Alios non memoro, qui hinc colligere ſoliti, pœnam ipſo iure impoſitam in heredem transmitti: Sententiâ huius Edicti minùs perſpectâ. Aut ita mihi videtur.

Cap. V.

De pœna & mulcta differentia: præcipuè, Mulctam dicere quibus iure Magiſtratus liceat, & ex officio iuriſdicundi: l.131.§.1. & l. 224. de v. Sign. explicatis.

FErente ita occaſione de pœnæ & mulctæ differentia deinceps quædam hîc interſerenda ſunt & diſſerenda. Mulctæ dicendæ quantitas in poteſtate iudicis eſt, quantam dicat, niſi cum lege eſt conſtitutum, quantam dicat *l.224.in fin. de v.Signif.* veluti in Edicto *Si quis iuſdicenti non obtemperauerit*, mulctæ quantitas præſcripta eſt, *l. vnic. in fin. Si quis iuſd. non obt.* quam excedere non ſit in poteſtate iuſdicentis magis, quàm pœnam lege conſtitutam *l. 1. §. 4. Ad SC. Turpil.* in ſpecie bene minuere, facto arbitrio, quanti ea res ſit *d.l. vnic. in fin.* Cuius rei ratio non alia eſt, quàm in mulcta cum obſeruetur extremitas, prout à lege conſtituta, intra eam in facto res omnis conſiſtat, *fac.l.6. §. 9. de offic. præſ.* ideoque arbitrium adhuc admittat *iuxt. d. l. 1. §. 4. Ad SC. Turpilian. l. 4. & 6. l. de mod. mulctar.* In quo Dn. Fabro *97. decad. err. 8.* conſentio. Sedenim diſſentio valdè, cum exceptionem iſtam, *niſi cum lege conſtitutum eſt, quantam dicat*, adſcribit tam infeliciter feliciſſimo ſui temporis viro *d.loc.* ceu qui reſpexerit ad *l.vlt.*

C. de mod. mulct. vbi certus mulctæ dicendæ modus ab imperatoribus præſtitutus ſit, quē tranſilire & prætergredi iudices non poſſint. Quaſi verò hoc ibi factum plenè in tanta factorum feracitate? Concludi talis modus vix ab iis potuiſſet, ſi voluiſſent. Tum iſte mulctarum modus ſi naturam mulctarum nondum euerteret. Quanto ſatius fuerit, vt exceptio iſta retineatur *in d. l. 224.* cum ne quidem per eam magis, vel Aduerſario conſitente; eadem mulctæ natura eo ipſo non deleatur; quod extremitas quædam alibi à lege ſit præſcripta, vt in infinitum mulctæ dicendæ arbitrio abutendi non tam adimatur occaſio, quàm moleſta præſcindatur vlterior prouocatio. Alia differentia eſt, mulctam dici iuſte, ſi is dixit, cui dicere licet, pœnam irrogari ab eo, cui criminis ſiue delicti exſecutio competit *d. l. 224. de v. Signif.* cuius Differentiæ partem priorem apertiùs explicat Vlpianus *in 131. §. 1. v. Sign.* dum ait, *eum mulctam dicere poſſe, cui judicatio data eſt: Magiſtratibus ſolis & præſidibus prouinciarum poſſe mulctam dicere, mandatis permiſſum eſſe.* Iudicatio data eſt iis, quibus publicè judicium eſt *L. 2. in fin. de judic.* publicè judicium habet judex, qui tribunali præeſt, vel aliam ſeu alienam; veluti mandatam juriſdictionem habet *l. 1. de judic.* publicè & in Tribunali veluti, vbi prætor ſalua Maieſtate imperii ſui

ſaluoque

ſaluoq; more maiorum jus dicere conſtituit *l. 11. de juſt. & iur.* Tribunali & juriſdictioni præeſt, à quo judiciũ dari ſollemne & actionum formulis ſuam formam *l. 1. §. 2. de poſtul. l. 2. §. 6. de Origin. iur. ib.* Gothofr. Aliam verò ſeu alienam juriſdictionem habet, *iuxt. d. l. 1. de iudic.* cui juriſdictio mandata *eſt l. 5. §. 1. de offic. eius cui mand. iuriſd.* Huic etiam publicè judicium eſt, quia lex mandatam juriſdictionem confirmat *l. 6. de iuriſd.* Deinde huic quoque judicatio data dicitur *iuxt. d. l. 131. §. 1. de v. Sign.* ne intelligeremus ei principaliter iuriſdictionem datam *fac. d. l. 6.* denique hic etiam ille iudex eſt, cuius fit mentio *in d. l. 224. in fin. de v. Sign.* ad Differentiam inter eum, & iudicem pedaneum quod pertinet ſummè. Siquidem & hinc decidere ſoleo, non alium intelligi oportere iudicem, de cuius officio in Interdictis paſſim toties ingeratur mentio, quàm eum, qui iuriſdictionem habet *iuxt. l. 1. de iud.* veluti qui mandata iuriſdictione vtitur. Pedaneos iſthinc arceam quoque; ſin ex aliorum relatu aliter ſcripſi iam alibi, illorum iſta valeat opinio, modò etiam horum, ſi qui ſunt, qui ament hoc modo. Neque notius indicium poteſt dari, de quali iudice agatur, vtrum eo, cui iudicatio vniuerſa data eſt, an notio de quæſtione ſingulari, quàm ex ſubiecta materia ſcire, quid alterutri conueniat magis: veluti iudex, cui

publicè iudicium eſt, ſeu, quod idem eſt, cui iudicatio vniuerſa per ſe ſine iudicum pedaneorum operâ eſt data, dum habere dicitur ius dicẽdæ mulctæ *l.224. in fin. de v. Signif. l. 2. in fin. de judic. l. 131. §. 1. de v. Sign.* nemo non intelligit, per eum iudicem intelligere haud licere iudicem pedaneum. Prudentes namq; vt nos docerent, qui in infimo dicendæ mulctæ gradu conſiſterent, deſcripſere eos tales eſſe, quibus iudicatio data eſt, ſeu, quod idem, quibus publicè iudicium eſt, eos, inquam tales eſſe, & non alios *iuxt d. l. 2. in fin.* non alios inquam illis inferiores, quales ſunt iudices pedanei, vel ſuperiores & æquales, quorum officium in iudicando publicè non verſatur *l. 2. & 3. C. de mod. mulct.* niſi hoc ſpecialiter eis permiſſum eſt *iuxt. d. l. 2. in fin.* veluti illuſtribus viris præfectis prætoriis *l. 4. C. de mod. mulct.* Tribunis plebis *ex lege quondã Arteria* Halicarnaſ. *10.* Curatoribus aquarum ex SCto Frontin. *libr. 2. de Aquaduct.* & ſiqui fuerint alii, *vid.* Briſſon. 3. *ſelect. 4.* Aliter quam cum Magiſtratibus & præſidibus prouinciarum comparatum eſt, vtpote quibus ſolis non ſpecialiter ius mulctæ dicendæ permiſſum eſt, ſed vi ſuorum mandatorum, id eſt, commiſſionis ſuæ, prout hodie loquimur, competit *iuxt. d. l. 131. §. 1. de v. Signific.* Iam ergo, quòd ſi ita eſt, vt eſt ſane, videmus omnes, quàm improbabilis, ſi non intolerabilis

bilis ſit mutatio Viri Ampliſſimi *in 97. decad. err. 8.* cum legendum putat *in d. l. 131. §. 1.* Mulctam *dicere non poſſe eum, cui iudicatio data eſt,* eoquod ſtatim ſequatur. *Magiſtratus ſolos & præſides prouinciarum poſſe mulctam dicere mandatis permiſſum eſt*, quaſi ad Differentiam eius, cui judicatio data eſt, id eſt, judicis pedanei & à Magiſtratu dati: quippe qui juriſdictionem non habeat, ſed tantùm judicationem & notionem *l. 5. de Re iudic.* O me; itane? Iuriſdictio aliena poteſt mandari prætori, eoque caſu non pro ſuó imperio agit, ſed pro eo, cuius mandatu ius dicit, quotiens partibus eius fungitur *l. 3. de offic. eius cui mandat. iuriſd.* Sed & iuriſdictio aliena poteſt mandari priuato, eoque caſu imperium, quod non eſt merum, videtur mandari, quia iuriſdictio ſine modica coërcitione nulla eſt *l. 5. §. 1. D. tit.* per quam ius dicendæ mulctæ intelligitur, *d. loc.* Atque hoc eſt, quod iam diximus, tales iudices habere iudicationem, eoquod pro eo, cuius mandatu ius dicit, ſine miniſterio iudicum pedaneorum ius dicat, tum etiam ex eo vt intelligeremus, plus habere eum, quia iudicatio ei data ſit, quam iudicem pedaneum, cui nuda tantùm notio ſemper fuit, *d. l. 5. de Re iudic.* nuſpiam iudicatio data. Summatim iudex, cui ius dicendæ mulctæ eſt, minus quam iuriſdictionem habet, quia principaliter ea reliquenda fuit

apud eum, pro quo iuriſdictionem exercet; plus habet, quàm notionem, quia lex iuriſdictionem ei mandatam confirmauit *l. 6. de iuriſdict.* Sic hoc iuriſdictionis alienæ exercitium ecqua voce exprimi potuit magis propriè quàm iudicationis? Iudicatio eſt in cauſis ciuilibus pro re nata, vel iuſſus vel inhibitio *l. 14. de Re iud.* vel propriâ operâ pronuntiata definitio *l. 1. D. tit.* pro imperio eius, cuius imperio fungitur. Notio verò iudicis pedanei quanto humilior eſt aut ecqua iudicatio ei tribueretur, qui formulæ ſibi dictatæ adſtrictus tam adſtrictè? liberè iudicat, & formulâ ſibi dictatâ regitur nullâ, qui judicationem habet *l. 15. Ad munic.* Adhuc feremus mutari receptam ſcripturam *in d. l. 131. §. 1.* ac ſi ſcribi oportuiſſet. *Mulctam dicere non poſſe eum, cui iudicatio data eſt?* vtiq; ſi veremur, ne poſſit iudicatio iudici pedaneo adſcribi, ac vel ideo præſtet ambiguitatē omnem tollere, inuenta lectione apertiori; quæſo vos, cur non vna opera ſuſtuliſtis vocē *iudicis* ex *d. l. 224. in fin. de v. Signif.*? vox *iudicis* probabilius prædicari poteſt de judice pedaneo, quàm judicatio pro notione accipi in *d. l. 131.* & tamen ſcripſit Paulus mulctæ dicendæ jus eſſe in poteſtate *judicis* quantam dicat. *d. l. 224.* Omnino rectè. viſo loco videmus, de quo judice agatur, pedaneone an maiori: viſo loco ſcimus, de quali judicatione agatur, & an de notione. Neque

adeò

adeò dum iſta tam feruidè commemoro, cauſam ignoro, quæ tanti erroris cauſa. Exiſtimat vir Ampliſſimus ſolis Magiſtratibus & præſidibus jus dicendæ mulctæ ſpecialiter permiſſum eſſe *juxt. d.l.131.§.1.* Quaſi verò iis ſolis publicè judicium ſit *juxt.l.2.in fin.de jùdic.* & non etiam illis, qui mandata juriſdictione funguntur? quaſi verò iis ſpecialiter jus dicendæ permiſſum ſit, quod habent vi mandatorum, id eſt, jure Magiſtratus, *d.l.131.§.1.de v.Sign.* Quid ita? Quæ ſpecialiter alicui permiſſa ſunt, aut lege aut SCto, aut principis Conſtitutione permiſſa ſunt, non iure Magiſtratus competunt, veluti meri imperii exercitio *l.1.de offic.eius cui mand.* Quod ſi proinde præſes prouinciæ ius mulctandi non haberet, niſi ſpeciali permiſſu, fieri vt eâdem prærogatiuâ gauderet ius mulctandi qua exercitio meri imperii, nunquã iure magiſtratus competeret. Opinio prorſus erronea: cum vel priuato mandata iuriſdictione, imperium quod non eſt merum, cum toto iuriſdicundi officio ad eum tranſeat *l.1.§.an autem de ſuſp.tut.* ne modica coërcitione, id eſt, iure mulctandi deſtituatur, abſque quo iuriſdictio mandata, qua fungitur, nulla eſſet & luſoria *l.5.§.1.de offic.eius, cui mandat.* Iam verò ſi ius mulctandi vi iuriſdictionis mandatæ tranſeat ſine vlla vel legis vel SCti vel Conſtitutionis ſpeciali permiſſione: quanto magis Magi-

 ſtratu

ſtratu vel præſidatu in aliquem collato, vi Magiſtratus & præſidatus tranſiret. Maxime cum non ſit pars meri imperii, aut in grauitate vel dignitate cum eo conferendum, ſed in coërcitione modica conſiſtat *l.5.§.1.de offic. cui mand.* Quòd ſi autem ſolis Magiſtratibus & præſidibus ita datum eſſet, ſicut & præfectis ipſis prætorio prout V. CL. opinatur *in D. 97. decad. err. 8.* fieri haud poſſet, vt ius mulctandi & merum imperium non in eodem imperii gradu conſiſterent, poſteaquam præfectis prætorio ſpeciali Conſtitutione ad quinquaginta libras auri ius mulctandi permiſſum ſit *l. 4. C. de mod. mulct.* At hoc quàm abſurdum? vt non dicam ea adæquatione admiſſa tolli differentiam ipſam inter mulctam & pœnam, de qua diſputamus. Quid ita? iudicibus vi datæ iudicationis, Magiſtratibus, & præſidibus ſolis iure mandatorum ſeu, quod idem eſt, iure Magiſtratus ius mulctandi competit. Ius irrogandi pœnam cõpetit ei, cui criminis, vel delicti exſecutio ſpecialiter, id eſt, lege vel SCto vel Conſtitutione competit *l. 1. de offic. eius cui mand.* vel iure Magiſtratus cui delicti exſecutio conceſſa eſt, *iuxt. d. l. 131. de V. Sign.* cum agitur ciuiliter per actiones pœnales inter priuatos. Iam verò judici omni mulctandi jure negato, ſolis Magiſtratibus & præſidibus Prouinciarum ſpecialiter dato, ecquid reſtat quo minus mulcta comprimendis

mendis aliàs delictis leuiuſculis idonea & pœna quoad exſecutionem criminis, non differant: Apertè contra omnem juris rationem,& ipſum prudentiſſimi Vlpiani reſponſum *in d. l.131.§.1.* Huc accedit, quòd diſſimilitudo harum rerum ex hoc quoque appareat,quod de pœna prouocatio non ſit,ſimulatque enim victus quis eſt eius maleficii, cuius pœna eſt ſtatuta, ſtatim ea debetur. At mulctæ prouocatio eſt, nec ante debetur, quàm aut non eſt prouocatum, aut prouocator victus eſt *l.224. de v.Sign.* Quid hæc differentia etiam pericliraretur,ſi non ſubuerteretur, negatâ omni judici facultate mulctandi, eâq; ſolis Magiſtratibus & præſidibus ſpecialiter datâ. Aut ab his ad quos prouocatio eſſet? anne ad principem vel populum in cauſa tam modicæ coërcitionis? Alia certè prudentum fuit ſententia dum à mulcta eſſe prouocationem ſcripsêre, præſuppoſitis, vt loquimur, terminis habilibus, veluti ab eo iudice, cui mandata iuriſdictio eſt ad eum, qui mandauit, vt cum à legatis appellatur proconſul.*l.2.D.tit.* legatis,inquam,qui nihil proprium habent,niſi à proconſulo eis mandata fuerit iuriſdictio *l.13. de offic. proconſ.* eòque pertinet lectio vulgata, quæ fuit quondam *in d. l. 131.§. 1. de v. Signif.* cum legebatur. *Mulctam is dicere poteſt, cui adiudicatio data eſt.* Nec enim id dicitur tam malè, aut falsò,

prout

prout Aduerſarius iudicat *in D.97. decad.err.8.* ſed rectè intellectum exprimit rectam ſententiam, quâ nimirum liceat ei mulctam dicere, ſi is dicat, à quo prouocari non poſſit, veluti proconſul; vel præſes vel Magiſtratus, quorum mandatis hoc contineatur, *iuxt. d. l. 131. §. 1.* Siquidem ex iis aliquis cum dicit mulctam, eo ipſo ei, qui ad eum prouocauerat, vel abſolutionem vel iudici ſuo, qui eam dixit, eandem, quam dixit, vel moderatiorem adiudicat. Sed Florentina, vt fateor, ſcriptura longè apertior eſt & magis ſequenda, *vid. ſupr.* Cui namque iudicatio data eſt, ab eo cum quæſtio de iniquitate mulctæ, prouocatur ad eum, qui iudicationem dedit, *fac. l. 2. Quis à quo* ceu in re leuiori, & quæ celeritatem deſideret *fac. l. 1. de damn. inf.* ne proceſſus retardetur *fac. l. 5. §. 1. de effic. eius cui.* Quippe de cuius definitione cum agitur; alias is prouocari debeat ab eo, cui mandata eſt iuriſdictio, qui prouocaretur ab eo, qui mandauit iuriſdictionem *l. 1. §. 1. Quis à quo.* Nunc reſtat & alia differentia inter pœnam & mulctam, de qua ita Vlpianus. *Inter mulctam,* inquit, *& pœnam multùm intereſt, cum pœna generale ſit nomen, omnium delictorum coërcitio: mulcta ſpecialis peccati, cuius animaduerſio hodie pecuniaria eſt. pœna autem non tantum pecuniaria, verùm capitis & exiſtimationis irrogari ſolet.* Differentia duplex: pœna eſt omnium

delictorum

delictorum coërcitio: mulcta ſpecialis peccati. Item, pœna eſt & pecuniaria, & capitis & exiſtimationis animaduerſio: mulcta eo tempore, quo prudentes vixêre, tantùm pecuniaria. Quis carpus hæc carpat? adeſt idem noſter *D. 97. decad. err. 8.* cui diſplicet Vlpianus in eo, quòd ſcripſerit mulctæ animaduerſionem *hodie* pecuniariam eſſe. Quid ita? legendum putat *non niſi pecuniaria.* atque eius lectionis ceu melioris rationem vt redderet, *ſic enim lego* inquit *non, vt vulgo, cuius animadverſio hodie pecuniaria eſt. Quaſi verò aliquod tempus vnquam fuerit, quo mulcta potuerit eſſe capitis aut exiſtimationis, quod certè non niſi falsò & rediculè dici poteſt.* Quid audio? quin heus tu vir magne; & recordare ante illud tempus, quo iſta ſcripſit Vlpianus, tempus fuiſſe, quo ex lege *12. tabul.* corpus debitoris, qui ſoluendo non erat, adiudicabatùr creditoribus, quibus fas erat membra artuſque partiendi. Adiudicatio, quæ erat mulcta pro debito non ſoluto. Vnde mulctare poſtea idem eſſe cœpit, quod condemnare & punire. Sic plautus *mulctare matrimonio*, Terentius & Virgilius *libr.* XI. *mulctare morte*, Tranquillus, *mulctare gentilitiis hereditatibus*, Tacitus, *mulctare verberibus* dixerunt. Ita eſt, anguſtiore ſignificatione paulatim vox hæc reſtricta vt fuerit, nec propriè amplius pro mulcta corporea, aut exilii & ſic exiſtima-
tionis

tionis pœna accipi poſtea potuerit. Quid tum? vtique ſi eò Vlpianus reſpexiſſet, non falsò aut ridiculè eò reſpexiſſet magis, quàm falſa & ridicula fuerunt iſta tempora, in quibus nata & data lex *12. tabularum* ſingulari orbis Romani bono. Deinde, eſto etiam, vt eò reſpicere nec voluerit nec potuerit, adhuc ſuſtinemus, niſi fallor. rectè; ab Vlpiano non niſi rectè dictum, mulctæ animaduerſionem hodie eſſe pecuniariam, quandoquidem veroſimile ſit, cum iſta ſcriberet, ad proxima adhuc eum reſpexiſſe tempora, quibus nondum mulcta fuiſſet omnis pecuniaria, ſed omnis ferè pecuaria. Clarè Feſtus: *ouibus duabus* inquit, *mulctabantur apud antiquos in minoribus criminibus: in maioribus autem triginta bubus, nec vltra hunc numerum excedebat mulctatio: quapoſteaquam ære ſignato vti ciuitas cœpit, pecoraque mulctatitia incuria corrumpebantur, facta eſt æſtimatio pecoralis mulctæ & boues centenis aſſibus: oues denis æſtimatæ. inde ſuprema mulcta, id eſt, maxima appellata tria millia æris, item vi ceſſis minoribus delictis.* Idem ferè Agellius *11. noct. Att. 1.* Quid ergo, cum & æſtimatio illa pecoralis, quæ proximis temporibus fuerat, jam Vlpiani tempore deſiiſſet, rectiſſimè adiecit mulctam omnem *hodie* eſſe pecuniariam, pecorum æſtimatione ſublata. Neque hæc incerta ſunt, *conſ.* Alciat & Ioh. Godæ, *ad d.l.131. §.1. de v. Sign.* aut etiam fuere, prout opinor,

quæ

quæ toto hoc capite poſt omnes attulimus; non ſine ſpe, iſta ſi ponderentur & ſeruentur, fore, qui facili negotio decidere poſthac poſſint, vtrum jus dicēdæ mulctæ judici delegato competat. Qua de re operoſæ extant contentiones & plurimæ ex fundamentis minus ſolidis petitæ deciſionis apud. Jacob. Menoch. *1. de Arbitr. 74. &* Petr. Aug. Morl. *in emp. quaſt. tit. 2. 4. 18.* ac alios. quas & nos minus plenè intellexiſſe videmur *5. Membran. 2.* cum iſta hac de re produceremus.

CAP. VI.

Actionem ex Edicto ſi quis juſdicenti non obtemperauerit, aduerſus heredem non competere: eadem plenius explicatâ.

LUſoria eſſet omnis juriſdictio, cui nōn adeſſet ſimul modica coërcitio *l. 5. §. 1. de offic. eius cui mand.* Itaque omni Magiſtratui (exceptis duumuiris) jure Magiſtratus, ſeu, quod idem eſt, ſecundum jus poteſtatis ſuæ juriſdictonem ſuam defendere pœnali judicio conceſſum eſt non fruſtra *l. vnic. ſi quis Iuſd. non obt.* pœnale judicium eſt actio, quæ modicæ coërcitionis ſeu mulctæ nomine contra non obtemperantem juſdicenti permiſſa eſt ex illo Edicto *d. l. vnic.* Nam in modicâ

exercenda

exercenda coërcitione vniuerſum mulctandi ius verſatur. Plane vt tutò quis adſtipulari haud poſſit Goueano *1. variar. lect. c. pen. & in l. 1. de iuriſ. omn. iud.* dum mulctam à mulctæ hac in re diſtinguit, ac ſi aliqua loco pœnæ, aliqua leuior eſſet; illa ſoli Magiſtratui & præſidi competente, hac etiam delegato iudici. Opinio, quæ feliciter recuſata eſt à Jacobo Menochio *1. arbitrar. 74.* prolixiùs proinde non hîc incuſanda. Ius muctandi dicitur ius modicè coërcendi, vt differat ab imperio, quod merum eſt, & ius coërcendi non modicè *l. 5. §. 1. de offic. eius cui mand. l. 3. de iuriſd. omn. iud.* tum vt cognoſcatur pars eſſe imperii mixti *d. l. 5. §. 1.* quod juſdicens jure Magiſtratus exercet. Neque nouum fuerit, vt mulcta apelletur in hoc Edicto pœna; ſiquidem id fiat eo reſpectu, ne dubitaretur, vtrum etiam aliqua in parte eſſet rei perſecutoria. Eo namque ſenſu actiones, quibus agitur ad meram mulctam, veluti in hoc Edicto, ſunt merè pœnales. *l. vnic. in fin. hoc tit.* Sed ecce prima occurrit quæſtio, an ex hoc Edicto actio, quæ datur, popularis ſit. video autem id adfirmari à viris doctiſſimis Ioh. Godæo *ad l. 12. de v. Sign.* Reinero Bachouio Echtio *in not. Treutler. hoc tit.* ac aliis. Venia mihi ſit, ſi minus adſentiar, aut adſequar. Equidē nolim Magiſtratum adeò conſtitui inermem, vt eius defenſio à defenſione huius aut illius ex

populo

populo dependeat. Maxime cùm à legiſlatore noſtro nunquam ſileatur, quando actio popularis eſt, ſed anxiè vbique id addatur, ſi de actione populari agatur. Atat in hoc *Edicto* nulla popularis plerumque actio conceditur pro populo, vt promptius vindicetur, ſi quid committatur contra bonum populi, poſteaquam fiſcus vbique adeſſe haud poſſit, neque ſingula peccata à ſingulis ad eum ſemper deferantur. Atat cui magis notum, vtrum obtemperetur juſdicenti nec ne; quàm ipſi juſdicenti? aut nullus ex populo quod ſi ad agendum accurreret, an indefenſus relinquendus eſſet juſdicens? Iuriſdictio ſine modica coërcitione eſt nulla & luſoria *l. 5. §. 1. de offic. eius cui.* modica coërcitio conſiſtit in mulctando. Itaque in non obtemperantem cur non potius juſdicens mulctæ ſuæ fulmen vibraret, quem vel aliquo ex populo populari actione agente non aliter refrænaret. Sin putas & ſuam juſdicenti ſaluam eſſe mulctam, & actionem hanc ex Edicto hoc vltra eam aduerſus non obtemperantem dari, videſis, vnde probes vni delicto puniendo non ſufficere vnam mortem, vnum culeum, vnum exilium, cum expreſſe Senatus prohibuerit ob vnum crimen pluribus legibus quem Reum fieri *l. 13. de Accuſ. & inſcr.* multò magis ob vnum delictum in non obtemperando juſdicenti, quod non eſt crimen,

quatenus pro publico delicto hæc vox propriè capi ſolet *l. 131. §. 1. de v. Sign. l. 17. §. noxas de Aedil. Edict. tot. tit. de priuat. del.* vt non dicam, cuiuis ex populo ſi hæc actio competeret, falſum fore, quod Vlpianus ſcripſit, Magiſtratibus omnibus exceptis duumuiris conceſſum eſſe juriſdictionem ſuam defendere pœnali judicio. *d. l. vnic. hoc tit.* Quod enim Magiſtratibus conceſſum eſt, non eſt conceſſum cuiuis ex populo. Atqui, inquiunt, ſi juſdicenti competat hæc actio, fore, vt Magiſtratus & actor & judex in ſua cauſa conſtituatur, *contra l. 10. de juriſd.* quaſi verò de ſua cauſa minùs juſdiceret, agente populari actione aliquo ex populo. Quid enim ſua cauſa eſt inobedientia ſibi exhibita. De ea ageretur & juſdicere ei permitteretur, etiamſi ex populo aliquis ad agendum actione populari admitteretur. Accedit, vt & hoc argumentum hîc collabaſceret, ideo ſcriptum eſſe, quod omnibus Magiſtratibus ſecundum jus ſuæ poteſtatis permiſſum juriſdictionem ſuam pœnali judicio defendere *d. l. vnic. hoc tit.* ne ſine modica coërcitione iuriſdictio ſua reddatur irrita & nulla; Ac quidem executio iuris cum nullam habet iniuriam *l. 13. §. 1. de iniur.* Magiſtratui hoc in caſu fuerit permittendum, quod priuatis ſcimus omnes negandum, & Magiſtratui quoque in caſibus, in quibus de cauſa eius ceu priuati

diſceptatur

diſceptatur *iuxt. d. l. 10. de iuriſdict.* Quod ipſum hîc contra eſt pro iuſdicente iure publico*ſac. l. 13. §. 1. de iniur.* agente Actore fiſci, ne Reus mulctetur inauditus. Alia & altera ſuccedit quæſtio, hoc Edicto vt teneatur, quis ſit, qui iuſdicenti non obtemperaſſe videatur. Ad id decidendum vt nunc porro nos componamus, rectè dicemus, ſicuti non ſufficit vnquam defendiſſe, ſi non duret defenſio, neque obeſt non defendiſſe, ſi tandem re adhuc integra offeratur defenſio *l. 2. §. 4. Ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* ita non ſufficere vnquam iuſdicenti nos obtemperaſſe, ſi extremo, quod eſt in iuriſdictione, non pareamus, neque obeſſe quominus obtemperauerimus, ſi adhuc extremo iuriſdictionis tandem re integra obtemperemus. Huc pertinet *l. vnic. hoc tit.* in qua tale exemplum. *Rem mobilem Reus vindicari à ſe paſſus non eſt, ſed duci eam & ferri paſſus eſt, Ceterum ſi & ſequentia recuſauit, tunc non obtemperaſſe videtur.* Exemplum, in quo id, quod extremum eſt in iuriſdictione, ſignificat vltimum iuſdicentis vel iuſſum, vel prohibitionem, vltra quem iuſſum vel quam prohibitionem iuſdicendo non poſſit vlteriùs progredi, niſi procedendo ad manum militarem. Qualis contumacia interuenire poteſt in iudicii veſtibulo, veluti cum quis in ius vocatus non ierit. Quidenim ponamus Reum ab actore vi iſtis temporibus

ſolita & licita in ius rapi non potuiſſe: idcirco publicum de in ius veniendo præceptum à iuſdicente emanaſſe. Quid hîc faciet iuſdicens, ſemper ne manu militari quâ duci eum faciat *l.13. §.2. de iniur.* inſtabit? aut an eius iuriſdictio ceſſabit ceu deſtituta omni coërcitione, cum pergere etſi poſſit peractis Edictis ad condemnationem Rei contumacis adiudicata actori lite *l. 53. de Re iudic.* non ſatis ſatisfiat poteſtati publicæ, qua ad iudicandũ ſedet armatus? Quid ergo, vt ſua ſibi conſtet auctoritas, ex cauſa, quãdo videbitur, pro iuriſdictione ſua iuſdicenti permiſſum eſt, taliter contumacem mulctare, habita ruſticitatis ratione, cui parcere conueniat *l. 2. ſi quis in ius voc. non ierit.* Simile exemplum extat *in l. 3. §. 9. de Tab. exhib.* vbi poſt iuſſam, peracto interdicto, tabularum exhibitionem, ſi iuſſi deinceps fuerint ſignatores, vt ad recognoſcenda ſua ſigna ad prætorem veniant, nec obtemperarint iſti edicto, mulctari non prohibentur. Atque ſecundum hæc explicetur, ſi placet, exemplum Vlpiani *in d. l. vnic. ſi quis iuſd. non obt.* accepto eo aut poſt peractam & definitione judicis finitam litem de proprietate rei mobilis. Aut nondum inſtituta vt inſtitueretur. Siquidem vtroque caſu & omni caſu vbi juſdicens interponit extremum ſuum præceptum quod iuriſdictioni ſuæ, vel ineſt vel cohæret, ſiue in iubendo, ſiue in

vetando illud conſiſtat *fac. l. 14. de Re iudic.* is qui obtemperare recuſauit, iuxta hoc Edictum à iuſdicente poſſit mulctari. Quid ita? Qui vetante prætore fecit, hic aduerſus Edictum hoc feciſſe propriè dicitur *l. 102. de Reg. iur.* veluti rem mobilem Reus à ſe vindicari paſſus nõ eſt, hæc prima inobedientia eſt, non extrema, hoc eſt, non talis quæ iuriſdictionis progreſſum impediat, quia iuſdicens poſſit porrò iubere, vt ducatur ſi animã habeat, aut feratur ad ſe pro tribunali, ſi anima careat. Ac adeò vt hîc iterum ſi rem duci vel ferri paſſus fuerit Reus, Edicto locus nõ ſit, quia iuriſdictio non eo ipſo in tantũ contemnatur, vt ſiſtatur. Ceterum ſi & ſequentia recuſauit, veluti ſi vetãte prætore rem duci vel ferri paſſus non eſt, tunc non obtemperaſſe videtur *d. l. vnic.* Quoniam id, quod extremum eſt in iuriſdictione, non fecerit. Interpretes vulgò *ſequentia* intelligunt recuſari *in d. l. vnic.* ſi rem mobilem duci vel ferri reus recuſauit. Interpretatio, quæ non diſpliceret, niſi eâ admiſsâ præcedentia forent ſequentia. Quid ita? præceſſerant illa, *ſed duci eam vel ferri paſſus eſt.* Neque ſcriptum eſt, eum, qui eam duci vel ferri paſſus non eſt, *ſequentia* recuſaſſe, neque ſcribi potuit aut debuit iudicio meo. Quoniam etſi Reus rem mobilem duci vel ferri paſſus non ſit eo ipſo iuſdicens nondum ſit functus extremo, quod eſt in iuriſdictione

ſua; Quid ita? iuſſit rem duci vel ferri. reſtitit Reus, nec permiſit eam duci vel ferri. hic reſtat ius vetandi, ne Reus reſiſtat aut quo minus res ducatur aut feratur, impediat, ceu extremum quod habet in iuriſdictione ſua. Contra quod ius vbi contumax eſſe perſeuerauerit, quia extremum, quod in iuriſdictione eſt, eo ipſo non feciſſe cenſeatur, idcirco propriè in hoc Edictum incidit *l. 102. de Reg. iur.* Summatim *ſequentia* recuſauit non qui ſemel rem duci vel ferri paſſus non eſt, ſed qui adhuc poſtea nullis inhibitionibus, ſiue humanis ſiue ſeueris, ad obtemperandum adduci potuerit ſiue in initio litis, ſiue currente lite, ſiue in executione Duaren. *1. diſput. anniu. 50.* Bachou. *in not. hoc tit.* Adeò publicè intereſt ſemper, vt defendatur publica iuſdicentis auctoritas. Tantum abeſt vt alii quàm fiſco, nomine iuſdicentis hoc iudicium competeret; aut ſemper ante iudicii inſtitutionem, prout exiſtimare videtur Anton. Faber *in Rational. hoc tit.* Quia enim in executione, factum eius verſatur, qui iudicatum exequitur *l. 15. de Re iudic.* ideo ei obtemperandum eſt, aut contumacia non obtemperantis mulctanda, ſi quod extremum in iuriſdictione eſt, non fecit. Tum etiam verba illa, *duci & ferri in d. l. vnic.* quid ni referri poſſint ad actum executionis, veluti cum Domino res ſua, cuius Dominium vi actionis inſtitutæ

appa-

apparuerat ad ſe pertinere, tradebatur nomine juſdicentis, cum ſuperdicto. *ducas licet*; aut cum res, quæ in executione diſtrahi minus poterat, creditori addicebatur *l.15. de Re jud.* à quo poſtea ducebatur. Ductio, quæ pro traditione Dominii cedebat, ſicuti cum ſeruus, qui deliquit, & non defenditur à Domino præſente, juſſu prætoris duci ſolet & in bonis exinde fieri eius, qui duxit *l.26. in fin. de nox. act.* Ex quo diſcimus cauendum, ne dicamus eum, qui rem mobilem duci vel ferri paſſus non eſt, ceu non obtemperantem extremo, quod eſt in jurisdictione, teneri hoc Edicto. Quid enim ante actionis inſtitutionem qui duci eam vel ferri paſſus eſt, is eſt aut contumax, aut latitat & non fidit juri ſuo. Qui verò duci eam vel ferri paſſus non eſt, litem ſuſcipit & ius ſuum experiri audet. Aut ſi neque duci vel ferri rem paſſus fuerit, neque litem ſuſcipere, aut pati voluerit, vtut Edictis tam primis quàm extremis ad id faciendum monitus; tunc demum *ſequentia* recusâſſe, & iuſdicenti non obtemperaſſe dicetur *iuxt. d. l. vnic.* non tam ob negatam ductionem, quàm ſpretam juriſdictionem; Quippe qua ſpreta extremum, quod in juriſdictione eſt, hoc caſu ſpernitur, cum vltra progredi iuſdicens prohiberetur, ſi iſta inobedientia impunita relinqueretur. Idque ſi iſto modo intelligatur,

intelligimus per *ſequentia* non debere intelligi, *ſi rem duci vel ferri paſſus non eſt*; cum is, qui rem duci vel ferri paſſus non eſt, in dubio litem ſuſcepturus credi debeat, multò minùs vt extremum, quod eſt in juriſdictione propterea non feciſſe videatur. Aliud quàm eſt in caſu priori, cum rem duci vel ferri Reus paſſus eſt, quoniam ſatis pœnæ ſubeat, ſi non defendatur & latitet, miſſo aduerſario in poſſeſſionem bonorum eius *l. 19. de in jus voc.* ſin contumax exiſtat, & non latitet, peracto Edictorum ordine vincere poterit, ſi bonam cauſam habere cognoſcatur, ſin minùs damno litis coërceri *l. 73. de iudic. l. 53. de Re iudic.* Ac quidem vt Bulgaro non accedam, aut etiam Duareno *1. diſput. anniuerſ. 50.* dum exiſtimauere, actionem hanc priuati litigatoris bono introductam videri, quaſi pœnalis ſit eo ſenſu, quo actio ex Edicto *Ne quis eum qui in ius*, nimirum vt Reus hac actione teneretur, etiam ſi actor calumniaretur *arg. l. 5. §. 1. D. tit. Ne quis eum.* Quidenim omnibus Magiſtratibus ſecundum jus ſuæ poteſtatis conceſſum eſt juriſdictionem ſuam defendere pœnali judicio *d. l. vnic.* Equidem haud reor, tantis verborum cerimoniis iſta enuntiaturus fuiſſet Vlpianus, ſi litigatori commiſſa eſſet hæc prouincia defendédi iuſdicentem, ſub quo forum ſortitur. vt non dicam, cui bono duumuiros excepiſſet, ſi

non

non de mulcta dicenda infligendaque hîc ageretur jure Magiſtratus ad defenſionem Magiſtratus? Ita eſt: *Hoc judicium non ad id, quod intereſt, ſed quanti ea res eſt, concluditur, & cum meram pœnam contineat, neque poſt annum, neque in heredem datur. d. l. vnic. hoc tit.* Quid tum? excedere non debet hæc multa, vltra quàm *quanti res ſit*, de qua inter litigantes litigatur, & hoc eſt, ad eam quantitatem concludi hoc judicium, vt ſciat juſdicens, in poteſtate ſua non eſſe, quantam dicat, poſteaquam lege conſtitutum ſit, quantam dicere debeat *fac. l. 224. in fin. de v. Sign.* quò eò magis definita eſſet & certa, non ratione eius, quod litigatoris (ſic loqui cogor, eo quod tam actor quàm Reus in Edictum hoc incidere poſſit *l. vnic §. 3. Si quis iuſd.*) intereſt, cuius præiudicio juſdicenti non obtemperetur. Adeòque ſimilem ferè pœnæ definitionem pro fiſco videor obſeruaſſe *in l. 1. in fin. de incend. ruin.* Qualem extare defenderim in hoc Edicto, aut ita fert mea opinio, vtut etiam laberer in exemplo.

CAP. VII.

De Natura actionis pœnalis ex Edicto, de in ius vocando. Aduerſus heredes non tranſitoria.

MUlcta etiam retinet naturā ſuam, cum lège comprehenſum eſt, quantam juſdicens debeat dicere *l. 224. in fin. de v. Sign.* non id credidêre *97. decad. err. 8.* alio adhuc exemplo docendi ſunt. Ex Edicto *de in ius vocando* aduerſus libertum, qui ſine permiſſu juſdicentis patronum ſuum in jus vocauerit. quinquaginta aureorum judicium datur, quod nec herēdi, nec in heredem, nec vltra annum datur *l. 24. de in ius voc.* Iudicium, inquam, quod etiam pœnale adpellatur *l. 11. D. tit.* eodem ſenſu, quo in Edicto ſuperiori, *Si quis iuſdic. non obt. l. vnic. ibi in princ.* eo quòd nulla rei perſecutio in eo (vtpote ob neglectam reuerentiam duntaxat competente) verſetur, pœnæque nomine ceu generaliori, & mulcta veniat *l. 131. §. 1. de v. Sign.* Quid enim mulctæ loco datur hæc actio: vt ut patrono competat pœnæ perſecutio. Argumento eſt, quòd ad querelam patroni juſdicens eam ei vel concedere poſſit *l. 25. de in ius voc.* vel ex cauſa juriſdictionem ſuam moderari intra iſtā quinquaginta aureorū pœnam vel etiā ea remiſſâ *l. 11. D. tit.* id quod cum mulctæ natura conſentit optimè *l. 131. §. 1. de v. Sign.*

nec

nec ab Ant.Fabro obſeruatum eſt *in Rational. ad l. 24. de v. Sign.* Vltra verò cõſtitutam pœnam non item extendi poteſt ea mulctandi poteſtas, quia lege conſtitutum ſit, quantam hoc caſu dicere liceat *l. 224. in fin. de v.Sign.* Facti quæſtio eſt in poteſtate judicantium, iuris autem auctoritas non eſt *l. 15. Ad Munic.* Sed quid audio? cum meram pœnam contineat hæc actio, inde, eſt auctor, qui auſit concludere, hanc actionem etiam dari calumniatori *arg. l. 5. Ne quis eum vid.* Rational. *ad d. l. 24.* Indignor, & an non iure? parenti, patrono, patronæ, ponamus hanc actionem competere *iuxt. l. 4. §. 1. de in ius voc.* Quòd ſi autem calumnientur accuſando liberos, & libertos ſuos, ac ſi ſine permiſſu prætoris in ius ab eis vocati ſint, vix ſana mente eſſet prætor, qui actionem hanc eis concederet *fac. l. 1. §. 9. de Stip. præt.* prætor iuriſdictionem ſuam moderari poteſt, ſi pœniteat libertum ſine permiſſu feciſſe, quod fecit, ſi libertus remittat actionem, ob quam patronum vocârat, vel ſi patronus vocatus non venenerit, aut ſi non inuitus vocatus ſit *l. 11. de in ius voc.* Quantò iuſtius hanc actionem neget parenti, aut patrono calumniatori. Quaſi verò vlla vllibi vllius calumniatoris ea ſit conditio, is fauor, vt calumnia ei non obſtet, quò minùs ad agendum admittatur, ſi calumniæ gratia litem alicui moueat, ſciens

iure

jure ſe deſtitui. *vid. cap. ſeq.* Eiuſdem farinæ eſt, dum docent puberes puellas, quæ alieno juri ſubiectæ ſunt, in jus vocari non permitti *ad l. 22. de in jus voc.* contrarium quàm colligi debet ex *d. l. 22. l. 57. de judic.* Tum, ac ſi pubes puella, quæ in jus vocetur, iniuriam eo ipſo patiatur. Sane enim, qui eam in jus vocat, jure publico vtitur, nec videri poteſt non plus faciendo injuriæ faciendæ cauſa hoc facere, cum juris executio non habeat iniuriam *l. 13. §. 1. de iniur.* Quid? etiam docere eoſdem video *ad l. 25. de in jus voc.* ſi alius, quàm libertus contra Edictum *de in jus vocando* fecerit, puta in jus vocando ſine venia puellam, quæ nubebat, nec habeat, vnde pœnam pecuniariam poſſit ſoluere, eum non eſſe ad præfectum vrbi remittendum, vt caſtigetur, quia non inofficioſus dici poſſit. Quaſi verò puella, quæ nubit, eo vallata ſit priuilegio, ut in ius vocari non poſſit ſine venia judicis, poſſit impetrata venia. Eo inſtanti quo nubit, in jus vocari non debet prohibente id iure ciuili *l. 2. de in ius voc.* de venia hoc caſu impetranda, vanum eſt, nec agitur vſpiam. Multò minùs vt pœnæ quinquaginta aureorum, quæ ex Edicto prætoris eſt, etiam alium, qui libertus non eſt, ad eam reuerentiam conſtringat, quominus in ius vocare ei liceat puellam, quæ nubit. Scio idem doceri à Dn. Iulio pacio *in method. Cod. de in ius voc.*

num.

num. 18. Inſt. Meiero *ad pandect. eod. tit.* non probo. Sicuti nec illud, dum *in Rational. ad d. l. 25.* ſcribit noſter libertum, qui pœnam quinquaginta aureorum ob in ius vocatum patronum ſine permiſſu prætoris ob inopiam ſoluere non poſſit, caſtigari à præfecto vrbis, quaſi inofficioſum; non verò ex hoc Edicto, aut propter eius pœnam non præſtitam ea eum caſtigatione adfici. Quo iterum ecquid alienius? In officioſus eſt libertus, qui neglecto reuerentiæ patrono ſuo debitæ officio ſine permiſſu prætoris eum in ius vocauit. Igitur aut pœnam iſtam det quaſi inofficioſus querente & non remittente patrono, neceſſarium eſt, aut, ſi dignoſcatur inopia laborare in tantum, vt nihil præſtare poſſit, caſtigandus quaſi inofficioſus profectò ex mente Edicti poſterius hoc non minus proficiſcitur, quàm prius illud ex verbis, vt luat in corpore, quod non habet in ære, *iuxt. d. l. 25.* ne delictum ob inopiam maneat impunitum. *l. 7. §. 3. de iuriſd. l. 1. in fin. de pœn.* Regula, quæ politico non poteſt non videri iuſta. Tamen ei contradicit noſter *ad d. l. 25. in Rational.* ex fundamentis, quæ nullum habent fundamentum, ceteroquin digna res fuiſſet, quæ examinaretur. Quod ipſum nunc vel ideo minus lubet, ne quælibet inſectari videar, aut velle etiam probare, non bonum eum eſſe politicum, cui regula iſta

non

non bona. Iam dixit & ſcripſit tale quid vir doctiſſimus Chriſtoph. beſoldus *in Comment. ſuccinct. ad tit. 3. & 4. libr. 1. pandect. num. 9.* Ego hac in re ita cenſeo: juſdicentem moderari poſſe ex cauſa mulctam à ſe dictam deprehensâ & reprehensâ exactorum illicitâ auaritiâ: tum etiam eum, cui mulcta adiudicata eſt, eam Reo ob inopiam non prohiberi remittere *l. 6. §. 9. de offic. præſ.* Sed enim aliud eſſe, ſi actor nolit & queratur *juxt. d. l. 25. de in jus voc.* ne aut inopes armarentur ad delinquendum, ſi ob inopiam non refrænarentur; aut propter pecuniam magis excogitata videretur pœna pecuniaria, quàm vt delictum puniretur. *conf. l. 49. de Adminiſtr. tut.*

CAP. VIII.

De Natura Actionis pœnalis ex Edicto: Ne quis eum, qui in ius vocatus, vi eximat, aduerſus heredes non tranſitoria.

ACtio pœnalis eſt; in qua actor perſequitur æſtimationem non eius rei, quæ ex patrimonio ſuo ſibi abeſt, ſed meri delicti *l. 41. de pœn. conf.* Ioh. Althuſ. *in tractat. de pœn. c. 1. num. 5.* Qualis actio eſſe mihi ſemper viſa eſt inter ceteras, actio illa ex Edicto *Ne quis eum qui.* Edictum, quod prætor propoſuit, vt

metu pœnæ compeſceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt *l. 1. D. tit.* nullaque iuſta interueniente cauſa *l. 4. §. 2. Ne quis eum*, appellaturque *in factum* hoc judicium; quo non id continetur, *quod in veritate eſt: ſed quanti ea res eſt ab actore æſtimata, de qua controuerſia eſt.* Hoc enim additum eſt, vt appareat, etiamſi calumniator quis ſit, tamen hanc pœnam eum perſequi *l. 5. §. 1. Ne quis eum.* Ex quibus diſcimus, pœnam omnem, quæ in hac actione verſatur, in æſtimatione eius, quod per exemptionem ſibi abeſſe æſtimat, facta æſtimatione pœnæ ad æſtimationem eius quod ſibi deberi prætendit ab exempto. Illa æſtimatio mera pœna eſt, quoniam factæ exemptionis id eſt, meri delicti æſtimatio eſt. idque ex eo dignoſcatur; quandoquidem exemptum in jus iterum vocare poſſit, & ab eo perſequi, quod ſibi ab eo abeſt & debetur. *l. 5. §. 3. Ne quis eum. l. 5. D. tit.* Alia eſt æſtimatio, quæ ſubintrat locum ipſius rei, veritaſque appellatur, & à qua vulgò pœna ſeparatur *l. 7. §. 1. Quod falſ. tut. d. l. 5. §. 1. Ne quis eum.* ac quidem eò longiùs hoc caſu; quòd æſtimatio exemptionis factæ, ſiue bona fide facta fuerit ab actore, hoc eſt, non vltra communem eius æſtimationem *arg. l. 63. Ad l. falcid.* ſiue mala fide & calumnioſè (communem æſtimandi modum) nihilominus debeatur, *juxt. d. l. 5. §. 1. Ne quis eum*, vt metu pœnæ, ne quis eum,

qui in ius vocatur, vi eximat, compeſcatur *l. 1. D. tit.* In ſumma vt nihil notius ſit, quàm merè pœnalem eſſe hanc actionem, & inde fieri, vt neque in heredem, neque poſt annum detur *l. 5. in fin. D. tit.* immo heredem ne quidem de eo, quod ad eum peruenit, ex natura actionum merè pœnalium, *vid. ſupr. libr. 1. c. 14.* Sed & heredibus non datur, niſi eorum interſit *d. l. 5. in fin. D. tit.* Argumentum certiſſimum, ex quo colligas, multò magis in defuncto idem oportere præſupponi, à quo ius ſuum, quod habet, vniuerſum habeat. Idem iterum quod cogor proponere, ne feramus, actionem merè pœnalem ei dari, cuius nihil intereſt, quodque adhuc minus ferendum, calumniatori. Non fallo: docere id auſi ſunt *4. coniect. 19.* ac etiam *in Rational. ad l. 5. Ne quis eum.* Error, ſi quis alius, dignus, vt extirpetur. Primum ait, prætorem plerumque irrogare Reo pœnam, etſi actoris nil interſit, fortaſſe calumniatoris, *vt in l. vnic. Si quis juſd. non obt. l. 5. §. 1. Ne quis eum,* nempe quod iis caſibus, id eſt, ſiue iuſdicenti non obtemperetur, ſiue, qui in ius vocabatur, vi eximatur, longè grauius violetur auctoritas prætoris, quæ proinde ſeueriùs etiam & omnimodo vindicanda *vid. Rational. ad l. 2. §. 1. Si quis in ius voc. non ierit.* Contra ego ſententiam interrogatus, reſpondi ſemper ei, cuius nihil interſit, nullam

actionem competere, vtut etiam merè ſit pœnalis. Planè vt quod illis eſt, plerumque prætorem irrogare pœnam tametſi actoris nihil interſit, nobis ſit, nunquam id à prætore Romano vbique tam juſto? actionem ex Edicto *Si quis juſdicenti non obtemp.* dari præcisè ei, cuius intereſt, non verò calumniatori, comprobatum eſt *ſupr. libr. 1. c. 17.* Actionem porrò ex Edicto, *Ne quis eum*, actori competere, cuius nihil interſit, vi exemptus fuerit is, nec ne, quem in jus vocauerat, tam falſum eſt, quàm quod falſiſſimum. Qui vim patitur an non eius interſit, eam coërceri & reparari? In medio poſita ſunt judicia, libertaſque data eſt omnibus æquè libera experiundi, actiones ſuæ bonæ ne ſint an inanes. Tum exemplo quam pernicioſum eſt, ſi quis cum vti judiciis velit in medio poſitis, experiundique illa libertate ominibus & ſingulis libera, facere rem tam liberam vi prohiberetur impune *arg. l. 3. in fin. de v. obl.* Quocirca & publicè & priuatim intereſt quàm maxime, vt iſta vi eximendi in jus vocatum audacia metu huius actionis compeſcatur. Aliàs, cum nihil intereſt actoris, eo tempore in jus aduerſarium veniſſe, putà, quia feriatus dies fuit, remittit prætor pœnam non ſolùm in Edicto, *Si quis in ius vocatus non ierit juxt. l. 2. in fin ibid.* Verum etiam, vt ego arbitror, in hoc Edicto *fac. d. l. 5. in fin. Ne quis eum* aut cui

bono docere actor teneretur per hanc exemptionem factum, quò minùs aduerſarius in jus produceretur *d. l. 5. §. 2.* Enimuerò docere per exemptionem iſtam iſtud factum, eſt docere, id quod ſua interfuit, quominus productus fuerit. Clariùſque quod apparet ex eo, quòd cum non obſtante exemptione productus ſit, pœna Edicti ceſſet *d. l. 5. §. 2.* non profectò alia ex ratione, quàm quia eius intereſſe deſiiſſet, quod exemptus fuiſſet. Adhuc ſuſtinent, actionem hanc dari etiam calumniatori, quaſi neſciant, quid ſit calumniari. Calumniator eſt in hoc Edicto is, qui falſæ exemptionis nomine actionem iuſtituit vexandi aduerſarii gratia *fac. l. 43. de hered. pet. l. 29. §. pen. de liberal. cauſ.* nullo jure *fac. l. 3. §. 1. D. vt in poſſeſſ. legat. l. 1. §. fin. l. 8. de prætor. Stipul.* per fraudem & fruſtrationem *l. 233. de v. Sign.* petens non debitum *l. 5. §. 1. Ne quis eum.* temere *fac. l. 39. §. 1. de liber. cauſ.* Scilicet pro hoc laboraſſet prætor, ne actio hæc ei deficeret. Saltem, mea vt fert opinio, pnlchra hæc non ſunt, pulchra tamen adfertur ratio: ecquænam? ne prætoris maieſtas violaretur, aiunt facilius ferendum vt actor, quamuis calumniator, pœnam lucretur, quàm vt impunitum ſit delictum eius, qui vi eximit; vt & *in l. 1. §. 1. Quod legat. vid.* Rational. *ad l. 4. Ne quis eum.* quaſi verò calumniator, qui per calumniam vi aduer-

aduerſarium ſuum exemptum eſſe alleget, proinde eius vexandi cauſa hanc actionem inſtituat, ſuâ iſtâ calumnioſâ induſtriâ promereri poſſit lucrum tam notabile ab eo, qui adhibita vi non aliter aduerſarium ſuum exemerit, quàm fide habita calumniæ actoris vim iſtam ei obiicientis, remoto ſacro illo veritatis velo. Quid enim inſtituta hac actione cum punitur delictum eius, qui vi exemit, eo ipſo requiritur, vt in veritate aduerſarius vi exemptus ſit. Atqui calumniator non eſt aut eſſe poteſt, qui eo caſu hac actione contra eum experitur; quandoquidem verum ſit, vi eum quem in jus vocarat, exemptum eſſe. Terminus, qui non mutatur, etſi calumniatorem acceperint pro actore, cuius nihil interſit; ſiquidem parui referat ad obtinendum effectum huius actionis; Actor vtrum exiſtat calumniator, an verò is, cuius nihil interſit hac actione agere. Quippe calumniator eſt, qui agit ceu ſua intereſſet, cum non intereſſet, & econtra cum ſua non intereſſet; qui agit ceu intereſſet. Atat exercitio huius actionis non competit niſi ei, cuius intereſt aduerſarium vi exemptum non eſſe, *vid. ſupr.* ne ceteroquin ex calumnia ſua naſceretur hæc actio calumniatori. *fac. l. 12. §. 1. de furt. l. 1. & tot. tit. de calumn.* Argumentum, quod non eliditur, etſi moneant, actorem hoc caſu non conſequi actionem ex impro-

bitate ſua, ſed ex delicto eius, qui fecit contra Edictum. Quaſi verò vis facta cenſeatur, ſi actoris nihil interſit, aut per calumniam agere inſtituat. Illi debet permitti pœnam petere, qui in ipſam non incidit *l. 154. §. 1. de Reg. iur.* Calumniator in eam incidit eo ipſo, quòd agat non bona fide, ſed vexandi aduerſarii gratia magis, quâm ob id, quod interſit ſua. Ergo quâ fronte hæc actio ei concederetur? meminit quidem Vlpianus calumniatoris *in d. l. 5. §. 1. Ne quis eum* non ſanè vt actionem ei impertiretur. Aliud eſt actio, in qua & per quam pœna petitur; aliud pœna ipſa, quæ petitur. Actio hæc datur damnum paſſo vel in re, vel in tempore, vel in vocationis difficultate ob exemptionem ſi quod potuerit contigiſſe, verbo vt exprimam datur ei, cuius intereſt, nunquam calumniatori. Pœna verò, quæ actori per ſententiam judicis in hac actione adiudicatur, pendet ab æſtimatione ipſius actoris, vt in quantum ob non acceptam rem, de qua controuerſia eſt, damnoſa ſibi fuerit exemptio, tantam ex æſtimatione propria conſequatur pœnam; tantam, inquam, etiamſi calumniator ſit, ſeu, quod idem eſt, veritatem excedat, vel in incommodo per exemptionem cauſato allegatoue æſtimando *arg. l. 19. Ad exhib.* vel in æſtimanda re quæ ab exempto non deberetur, quaſi deberetur. Atque iſta genuina eſt

huius

huius loci explicatio: partem reddita *ex c. 17. ſupr. libr. 1*. Sed addunt porro, verba iſta, *quanti ea res eſt ab actore æſtimata*, ſuſpecta videri ceu ab imperito interprete profecta; quatenus per ea actori fit facultas tam ampla æſtimandi propriam pœnam. Adeo vt non dubitarint exclamare; *Quomodo actor rem æſtimaret, niſi per iuſiurandum in litem. Atqui inauditum eſt, vt iuſiurandum in litem detur calumniatori: vel vt per iuramentum, quod vocant, veritatis æſtimatio iſta fieret cum nullum ſit tale iuramentum, prout oſtenderint 16. coniect. 1. & 13.* Quaſi verò nulla æſtimatio expediri poſſit, niſi alterutro interueniente juramento. Quid enim ex Edicto prætoris venit, vt quanti ea res eſt, de qua inter eum & exemptum controuerſia ſit, tanta fiat æſtimatio ab eo, ceu arbitro lege conſtituto ad definiendam quantitatem ſuæ pœnæ. Voluntas regia in iſto Edicto eſt, itaque edicto ſimpliciter obtemperandum eſt, non juramentum hac in re exigendum, ne aut deſineret eſſe calumniator, qui illud præſtaret, cum pro veritate juramentum habeatur, aut æſtimatio, quæ in hoc Edicto mera eſt pœna, deſineret eſſe pœna: poſteaquam juſiurandum ſpeciem tranſactionis contineat *l. 2. de iureiur.* Quòd denique ſubiiciunt nullum eſſe juramentum veritatis, in eo mihi reſpondere ſemper viſi ſunt contra naturam juramenti. Aut cur moueret

juriſiurandi religio, ſi non ad dicendum verum nos moueret? Religio, quæ juramento omni attribuitur, ecquid aliud eſt, quam ipſa ſyncera veritas? Atque hanc deme, ademeris profectò animam ſacramento. Non ita nos forte intellexit Helfricus Hunnius *in tract. de æſtimat. rer. ſect. 2. quæſt. 2.* haud ſuccenſeo: mentem noſtram in ſumma hanc habeat, ac per eum alii. Iuſiurandum omne ſuſtinemus aut eſſe verum, aut haberi debere pro vero. Siue habeatur pro vero, ſiue verum ſit, nihil intereſſe quoad effectum, propter quem interuenit; relatione facta non tam ad illud, quod aliquando accidit, quàm ad illud, quod facere homini religiosè iuſto conuenit *arg. l. pen. de iuſt. & iur.* Conuenit autem ei, vt veritas in ſacramento ſemper diligatur, nunquam negligatur. Adeo juſiurandum omne, quod eſt iuſiurandum, eſt veritatis iuſiurandum. Interim haud repugno, vt cum prudentibus juramentum in litem appellemus aliud veritatis, ſecundum vtilitatem communem: aliud veritatis ſecundum vtilitatem ſingulorum *fac. l. 63. Ad l. falcid.* parua, inquies differentia inter hanc &, interpretes quam faciunt hac in re differentiam; dum aliud faciunt veritatis, aliud affectionis. ita eſt, ſed magis propria videtur illa noſtra, per quam vtrique ſpeciei tribuatur veritas, non dematur alteri. Sane enim demeretur veritas juramento

juramento adfectionis, ſi veritatis iuramento ſecurè opponeretur aut tam obſcurè. Nondum finio, ne regerat aliquis pro viro magno mihi cautio eſt, ac ſi non ſenſerit, quod ſcripſit, calumniatori actiones pœnales etiam dari. Sed iſtud ſanè intelligendum fuiſſe vt intelligeremus etiam eum, qui in cauſa principali contra ſuum Reum, qui exemptus ſit, calumniatus fuerit, eum in ius vocando ad eum vexandum, hoc iudicio experiri non iniuſtè ſuper pœna aduerſu eũ, qui vi exemit. Quaſi verò non diuerſæ ſint actiones, de quibus modo tractetur. Actor ſit calumniator in cauſa principali contra vi exemptum. Quid tum? cum conſiſtit in hoc judicio contra eum, qui calumnioſè vocatum vi exemit, non eſt calumniator, quoniam vi exemptum eſſe eum, quem in ius vocarat, docere eum oporteat *l. 5. §. 2. Ne quis eum.* Aut quid ſi apparuerit actorem in actione principali poſtea conuictum fuiſſe furti, aut homicidii, aut latrocinii. Quid dicemus, an eapropter furi competere hanc actionem, tum etiam homicidæ & latroni? non argutiùs argumentantur, qui calumniatori præbent exercitium actionis ex Edicto *Si quis iuſdicenti non obtemp.* tum etiam ex Edicto hoc *Ne quis eum.* Quamuis ſi hoc modo litem hanc temperarent, adhuc ferendi eſſent magis. ſcribunt apertè actiones merè & verè

pænales etiam eis competere, quorum nihil intereſt, ac ſi diceres, furti actio eſt merè pœnalis: eam inſtituere poſſum aduerſus furem, etſi res mea ab eo mihi ablata non ſit. Item actio ex Edicto, *Ne quis eum & c.* eſt merè pœnalis, & ergo quaſi competat ei, cuius nihil intereſt. Hæc doctrina intolerabilis eſt, *vid. ſupr.* ſicuti & illa eſt, cum tradunt remitti pœnam in Edicto, *Si quis in ius vocatus non ierit* ſi nihil interſit actoris eo tempore in ius aduerſarium veniſſe, puta quia feriatus dies fuit; non verò remitti in Edicto *Ne quis eum*, etiamſi nihil interſit actoris. quaſi delictum hoc pro grauiore habuerit prætor, quàm ſit illud, de quo agatur *in D. tit. Si quis in ius voc. non ier.* Quod non eſt ita: de delicto ob ſpretam compententem iuriſdictionem mulctâ coërcendo agitur in Edicto, *Si quis in ius vocat.* quod publicum eſt: de delicto exemptionis à priuato vi factæ contra priuatum non contra iuriſdictionem agitur in Edicto, *Ne quis eum.* quod priuatum eſt, & proinde leuius.

CAP.

Cap. XI.

De natura actionis pœnalis ex Edicto, in ius vocati vt eant &c. adiecto fideiuſſionis iudicio ſiſtendi cauſa interpoſita effectu & die.

AD Edictum procedimus, quô cauetur; *in ius vocati vt eant, aut ſatis vel cautum dent* vid. *Rubric. In ius vocati vt eant.* Satiſdant hoc caſu qui fideiuſſorem judicio ſiſtendi cauſa dant, eumquè pro rei qualitate locupletem; exceptis neceſſariis perſonis; veluti parente, patrono, patrona, liberiſue ſuis, vxore nuruue. Tunc enim qualiſcunque fideiuſſor (etiam minùs locuples *l. 2. §. 4. Qui ſatiſd. cog. l. 3. in ius vocat vt.*) accipi jubetur; & in eum, qui eum accipere detrectârit, cum ſciret eam neceſſitudinem perſonarum, quinquaginta aureorum judicium competit. *l. 2. in jus vocat. vt eant.* Quod iterum merè pœnale eſt, & prætorium, proinde aduerſus heredes prorſus non tranſitorium, *vid. ſupr. libr. 1. c. 14. conf. ſupr. c. 7. hoc libr.* Ac quidem eò plus, quod cum ceteræ ferè omnes actiones pœnales heredi competant, & ſi non in heredem, excepta iniuriarum actione *tot. tit. inſt. de perp. & temp. act.* hæc etiam actio heredi non danda ſit, idque ad exemplum actionis illius merè pœnalis, *de non in ius vocando paren-*

tes. aut patronos ſine permiſſu prætoris vid. ſupr. c. 7. Ratio dubitandi vt ſit: actiones etiam merè pœuales pleruṁque heredibus non denegari. Ratio decidendi, actioné iniuriarum heredi non competere: ad puniendum iniuriam & irreuerentiam, parentibus hac in re à liberis, patronis à libertis illata ſit, vtramque iſtam actionem comparatam eſſe *fac. l.* 5. §. 1. *Qui ſatiſd. cog.* Sententia non incerta: in qua tamen quàm hæſerit ille noſter, ex non vno apparet loco. Nam apertè docet *in* Rational, *ad l.* 24. *de in ius voc.* pœnales actiones heredi non competere, *iuxt. d. l.* 24. *l.* 35. *de obl. & act.* idem repetiit *ad l.* 4. *de Calumniat.* Error, quem & ante nos obſeruauit Reinerus Bacchouius *in not. ad d. l.* 24. & 4. refutari vel ex ipſa *l.* 35. *de obl. & act.* quam attulit *conf. l.* 14. §. 2. *Quod met. cauſ.* Quocirca hinc, vt opinor, factum fuit, cum haud poſſet diffiteri, quin actio ex Edicto, *Ne quis eum* prætoria & merè pœnalis eſſet, quæ tamen heredi non denegetur, ſi eius interſit *l.* 5. §. 4. *Ne quis eum*. vt propterea reſponderit heredi eam dari non tanquam pœnalem, ſed tanquam rei perſecutoriam eo ſolo caſu, quo tanti intereſt ipſius heredis, non ſupra quàm interſit, cum quod excederet, pœna, non rei perſecutio eſſet. Non fallo: hæc extant *in Rational. ad l.* 5. §. 4. *Ne quis eum.* Ex quibus clarè deducitur, virum magnum in ea eſſe

ſententia,

ſententia, vt putet actionem, quæ contra defunctum fuerit merè pœnalis, in herede eius fieri poſſe merè rei perſecutoriam. Deinde heredem in actione hac merè pœnali nullam pœnam poſſe perſequi, ſed ſolam rem vel eius æſtimationem, quæ abeſt, in quo ſecutus eſt, vt videtur, Duarenum *ad tit. Ne quis eum c. 3.* doctrina, quam ſi probamus, vereor, ne principia neſciamus. Actio ex Edicto, *Ne quis eum*, eſt merè pœnalis in defuncto, rei perſecutoria fieri non poteſt in herede. Tum ad reſarciendum damnum magis comparata quàm ad iniuriam perſequendam, cum ceteroquin iniuria ſola ceu iniuria æſtimaretur, non intuitu rei, de qua inter actorem & Reum exemptum controuerſia exiſtat. Atqui res æſtimatur pro pœna *in d. l. 5.* de qua inter actorem & exemptum controuerſia ſit. Atqui pœnales actiones ex delicto tales heredibus paſſim competunt & nuſquam ferè denegantur. Similia ſunt ſomnia, quæ ſibi fingunt, quaſi de alio Edicto agatur *in l. 2. §. 2. Qui ſatiſd. cog.* de alio *in tit. in ius vocat. vt eant.* Non eſt ita: aut vbi auditum Edictum; *in jus vocati vt eant, aut ſatis vel cautum dent iuri ſiſtendo cauſa?* Clarè Paulus: Edicto iſto, *in ius vocati vt eant*, caueri teſtatur, vt fideiuſſor judicio ſiſtendi cauſa pro rei qualitate locuples detur *l. 1. D. tit. In ius voc. vt eant. l. 5. §. Qui ſatiſd. cog. l. 4. In ius voc. vt eant.*

vt eant. exceptis neceſſariis perſonis, pro quibus qualemcunque etiam fideiuſſorem dari ſit ſatis. Ac quidem ita, vt quid in ius vocato faciendum ſit, nimirum, an ſequi in ius vocantem ſemper cogatur, an remedio vti aliquo toleretur, quo in tempus ſibi commodius judicio ſe ſiſtat, præſcribatur tantùm in iſto Edicto, *In ius vocati vt eant.* Nulla iſthic propoſita actione propter propoſitam electionem de eundo ad judicium, vel ſatiſdando, vel cauendo, niſi dicamus, actionem illam pœnalem pro neceſſariis iſtis perſonis ex Edicto ad quinquaginta aureos iſthinc deſumenda eſſe, quod magis eſt, *l. 2. D. tit. in jus vocat. vt eant.* In titulo ſequenti vt agatur de actionibus, quibus Reus cogitur ad præſtandam vel ſatiſdationem, vel cautionem, ideoque *Rubricam* conceptã eſſe, *Qui ſatiſdare cog. antur &c.* Satiſdatio autem eodem modo appellata eſt, quo ſatisfactio. Nam vt ſatisfacere dicimur ei, cuius deſiderist implemus, ita ſatiſdare dicimur aduerſario noſtro, qui pro eo, quod à nobis petiit, ita cauit, vt eum hoc nomine ſecurum faciamus datis fideiuſſoribus *l. 1. Qui ſatiſd. cog.* cauere porro eſt vel cautũ dare, *fac. Rubric. in ius voc. vt eant* vel cautũ accipere. hic hoc loco ſatiſdare dicitur futurus Reus actori futuro, qui pro eo, quod à Reo petiit, ita cauit id eſt, talem cautionẽ accepit, vt hoc nomine ſecurus factus ſit datis fideiuſſoribus

juxt.

iuxt. d. l. 1. Sententia, quam minùs intellexere, qui *in Rational. hoc loc.* legendum ſuasêre, *cui pro eo, quod à nobis petiit, ita cauimus,* ſecuti, vt videtur, Dion. Gothofredum *ad d. l. 1.* etſi non aliâ ſententiâ: *ita cauimus*, id eſt, ita cautum dedimus *fac. Rubric. in jus vocat. vt eant. vel ſatis vel cautum dent.* cautionis verbo generaliter accepto; ſiue fideiuſſoribus, ſiue pignoribus cautum ſit *l. 188. §. 1. de v. Sign.* Satiſdationis, propriè non niſi cum datis fideiuſſoribus cauetur *l. 1. Qui ſatiſd. cog.* In fideiuſſores autem, qui aliquem judicio ſiſti promiſerint, actio ex hac cautione datur vel ad pœnam, ſi quæ adiecta fuerit, niſi ſiſteretur, vel in id, quod, intereſt, ſi ſtatus non eſſet *l. 3. Si quis in ius vocat. non ier.* in id quod intereſt, inquam, tale, quod in veritate æſtimari ſolet tanti, quanti ea res eſt, de qua controuerſia eſt, *l. 2. §. 5. Qui ſatiſd. cog. vid. ſupr. c. vlt. libr. 1.* non habita ratione quantitatis petitæ vltra veritatem *conf. l. 3. Qui ſatiſd. cog.* Cumque ex ſtipulatione deſcendat durante actione principali; durat etiam acceſſoria hæc actio aduerſus heredes *l. 10. §. 2. Si quis cantion.* propter rei perſecutionem ex contractu, *vid. ſupr. libr. 1. c. 11.* Sed quæritur, ad quam diem ſtipulatio judicio ſiſti interueniſſe cenſeatur, ſi de ea inter litigatores actum non eſt; adſentior Dn. Iulio Pacio *1. enant. 76.* relinquenti hunc caſum diſpoſitioni præto-

ris

ris *iuxt. l. 1. Si quis caution. l. 2. §. 6. de iudic. l. 3. de v. Sign.* Aliàs neque ignoro de die ponenda in hac ſtipulatione ſiue voluntaria ſiue neceſſaria ſolere inter litigatores conuenire: ſi non conueniat, in poteſtate ſtipulatoris eſſe eam dicere, ſed eius ſpacium moderari debere judicem *l. 8. Qui ſatiſd. cog.* habita ratione temporis *iuxt. l. 1. Si quis caution.* ſi actor inſtet præcisè aut arctiorē diem præfigi poſtulet: ſin largiorem conceſſerit, vt index pro ſua, prout hodie loquimur, diſcretione tempus moderetur. Tardant plerumque & procraſtinant Rei, vnde & fugientium nomen meruere. Igitur non male Pedius cenſebat actoris hac in re partes in diem dicendo priores eſſe, quàm Rei, ne pro libitu moretur *d. l. 8.* Quod ipſum vel eò magis rationem habet, eoquod ſtipulator in ſua poteſtate habet, quando vtatur jure ſuo, is autem cum quo agitur, non habet poteſtatem, quando conueniatur *l. 5. §. 6. de dol. mal. & met exc.* Quid enim morari poteſt in præparatoriis etiam actor; morari poteſt vterque tam actor quàm Reus etiam poſt præparatoria. Mihi regula eſt, eum vbique fore fauorabiliorem, qui non moratur: ſi ambo morentur, parem vtriuſque rationem eſſe. Sed ad alia vt tranſeamus, veretur Ant. Faber *in Rational. ad d. l. 8.* Ne ſint etiam Triboniani iſta verba, *moderato ſpacio de hoc à judice*

ſtatuen-

ſtatuendo. cur *etiam? etiam* dixiſſe videtur intuitu aliorum, qui idem jam ante ſenſerant, *vid.* Cuiac. *22. obſ. 26.* Treutler. *5. diſp. th. 1.* Mouetur, quod de judice agatur *in d. l. 8.* non de juſdicente, cuius tamen eſſet ſpacium, de quo ibi agitur, moderari. Deinde quòd ceſſante conuentione litigatorum, ceſſet moderatio prætoris. Quippe qui Edicto edixerit vicena millia puſſuum in ſingulos dies dinumeranda eſſe *l. 1. Si quis cantion. l. 3. de v. Sign.* Ratio prior Fabro ſoli debetur: altera Cuiacio acceptò ferenda eſt, Quod ad priorem attinet, ex loco, in quo agitur de *iudice*, eiuſque officio, judicandum eſt ſemper, de quali *iudice* agatur; pedaneo ne an juſdicente ipſo, vel qui mandata juriſdictione vtitur *arg. l. 1. l. 2. in fin. de iudic. l. 224. in fin. de v. Signiſ. l. 58. de iudic.* neque nego per *iudicem* intelligi *in d. l 8.* ipſum juſdicentem, ſiue prætor ſit, ſiue mandata juriſdictione vtatur. Quid tum? præparatoria iſta judiciorum apud juſdicentem expediebantur, plane vt ſubiecta materia aliam expoſitionem non admittit. Maximè dum videmus familiare id eſſe noſtro legiſlatori, vt paſſim *iudicis* etiam nomine iuſdicentis officium expreſſerit. Locos non congeram, quos congreſsère Charondas *1. veriſim. 3. Robertus 4. ſent. 23.* Similiter non fero, vt ſatiſdationem *iudicio ſiſti*, tum etiam cautionem *iudicio ſiſti* ſeparet

Aduer-

Aduerſarius noſter *ad l. 8. Qui ſatiſd. cog.* ab ea ſatiſdatione & cautione, cuius fit mentio *in tit. In jus vocat. vt caut.* quaſi ſatiſdatio iſta, de qua agatur *in titulo Qui ſatiſdare cog.* apud judicem datum perficeretur, licet apud prætorem & ante iudicis dationem interponeretur. Hæc verò ante litem conteſtatam præſtanda eſſet & in ipſa vocatione, nec de ſiſtendo in iudicio ad litem proſequendam, ſed de ſiſtendo in iure & apud prætorem ad litem conteſtandam iudiciumque accipiendum. Dico hæc ferri non debere, aut vbi ſatiſdationum & cautionum iſtarum duplicatio in iudicio vno non duplici præſcripta eſt vſpiam? Ius ſicuti dicitur locus, in quo ius redditur, apellatione collata ab eo, quod fit, in eo, vbi fit, *l. pen. de inſt. & iur.* ita iudicium etiam dicitur locus, in quo publicè ius & iudicium redditur *l. 2. §. fin. de iudic. l. 10. in fin. Si quis caut.* ac quidem pro ſubiecta materia, vt prædicetur de iudicio apud eum qui tribunali præeſt, vel aliam iuriſdictionem habet, quod exercetur *l. 1. de judic.* vel quod iudex datus adminiſtrat; veluti cum iudiciorum præparatoriis verſamur apud iuſdicentem, ſicuti ſcimus apud qualem iudicem nos ſiſtammns *l. 2. §. 1. Si quis in ius voc. non.* ita fieri non poteſt, vt ignoremus, cuius iudicio nos ſiſtamus. Iudicio ſiſtere nos aut alium quempiam cum promittimus, aut antequam in

jus ventum, id promittimus *l. 1 Si quis in jus voc. Rub. in ius voc. vt eant l. 5. §. 1. Qui ſatiſd. cog.* aut in jure apud iuſdicentē *l. 1. Si quis in jus voc. non l. 3. eod. tit. l. 1. In ius voc. vt eant. l. 4. eod. tit. l. 3. §. 1. Ne quis eum. l. 2 §. 1. §. 2 l. 5. §. 1. Qui ſatiſd. cog. Rubric. de eo per quem l. 1. in princ. &. §. 2. l. 2. l. 3. §. 1. §. 2. §. 3. §. 4. de eo per quem. l. 1. Si quis caut. l. 4. §. 3. l. 7. l. 8. l. 10. eod. tit l. 1. Si ex nox. al. cauſ.* Illo caſu juſdicentis judicium, reſpicimus *l. 5. §. 1. Qui ſatiſd. cog.* hoc caſu aut idem juſdicentis judicium, ſi dilatio impetrata fuerit *l. 7. de fer. & dilitat.* aut locum notioni judicis dati deſtinatum. Quia enim ad iudicium coram iudice dato violenta manu nemo raperetur, videtur actor potuiſſe exigere cautionem *iudico iſti ſiſtendi cauſa* Cicero, ſeu author ad Herenn. *lege ius eſt, vt eas in iudicium, non voceris* Gothorf. *ad Rubric. in ius vocati vt eant.* Vnde communes ſunt ſtipulationes, quæ fiunt judicio ſiſtendi cauſa *l. 1. §. 3. de ſtipul. prat.* nempe quòd & prætor iubeat ſatiſdari iudicio ſiſtendi cauſa, & interdum iudex, ſi aliter hæc res expediri non poteſt §. 4. *inſt. de diuiſ. ſtipul.* Minorem habet dubitationem, quod putent iidem *in Rational. ad d. l. 8. Qui ſatiſd. cog.* ante litem conteſtatam acturis malè tribui nomen litigatorum. Quaſi verò ſicuti *iudicium accipiendum* paſſim accipitur eodem cum effectu, ac ſi iam foret acceptum; *lis* item *conteſtanda* pro lite conteſtata, vt & mota controuerſia pro

litis conteſtatione *l.25.§.7. de hered.pet.l.33. de obl. & act. l.31. Reb.cred.* ita litigatores dici minus poſſent, qui facta in ius vocatione litigare iam inceperint etſi lite nondum conteſtata.

CAP. X.

De Satiſdatione neceſſaria & voluntaria: diſſenſuque in die, ad quem litigatores iudicio ſe ſiſtere debeant: adiecta mantiſa de bonitario & Quiritorio dotis dominio.

IN ius vocati ire eo coguntur, aut ſatis vel cautum dare, *Rubric. in ius vocat. vt eant.* Satiſdant, qui datis fideiuſſoribus iudicio ſiſtendi cauſa aduerſarium ſuum faciunt ſecurum *l.1. Qui ſatiſd. cog.* cautum dant, qui iudicio ſiſti vel iurató promittunt, vel ſuæ promiſſioni committuntur, *Rubric. Qui ſatiſd. cog.* In ſpecie fideiuſſores dare tenentur rerum nullarum vel mobllium poſſeſſores; Suæ promiſſioni committuntur rerum immobilium poſſeſſores *l.15. Qui ſatiſd. cog.* De ſpecie prima cautionis & hoc addi poſſet, neceſſarias perſonas permiſſu prætoris in ius vocabiles veluti parentes, patronos, patronas liberoſue eorum ſatiſdatione iſta defungi datis qualibuſcunque fideiuſſoribus etiam non

locu-

locupletibus *l. 2. §. 2. & 3. Qui ſatiſd. cog.* ceteras dare cogi fideiuſſores locupletes *l. 1. Si quis in jus voc. l. 1. In jus voc. vt eant. l. 6. Qui ſatiſd. cog.* Aliàs omnibus hiſce cautionibus idem effectus ille vulgò attribuitur, vt per eas in jus vocatus euitare poſſit violentam in ius ductionem. *Rubric. in ius voc. vt eant vel ſatis vel caut. l. 5. §. 1. Qui ſatiſd. cog.* Equidem quo ſenſu & omnes voluntarias eſſe judico, vtpote quas in ius vocatus ſi in ius duci ſe patiatur, non cogatur præſtare, ſin velit cogatur in jus trahi. Adeo quidem vt qui pro rei qualitate euidentiſſimè locupletem, vel ſi dubitetur, approbatum fideiuſſorem judicio ſiſtendi cauſa non acceperit, iniuriarum actio aduerſus eũ eſſe poſſit. quia ſane non quælibet iniuria eſt, duci in jus eum, qui ſatis idoneum fideiuſſorem det. Sed & ipſe fideiuſſor, ſi non ſit acceptus, tanquam de iniuria ſibi facta queri poterit *l. 5. §. 1. Qui ſatiſd. cog.* Quid ergo: ex iis alio adhuc reſpectu neceſſaria eſſe poteſt ſatiſdatio, vel voluntaria. Quid ita? Qui rerum mobilium poſſeſſor eſt, vel nullarum, vult cauere jurato vel ſuæ promiſſioni committi, idque ſi admiſerit actor, voluntaria ſicuti fit hæc cautio, ita ſi non admiſerit, neceſſaria eſt ſatiſdatio, aut in ius produci ſe patiatur, neceſſarium. Et econtra cum is, qui præſtita iurata cautione defungi non prohiberetur, aut ſuæ promiſſioni com-

mitti, ſi voluerit ſatiſdationem præſtare, voluntaria erit ſatiſdatio, bona efficaxque cumprimis. Huc pertinet diſtinctio neceſſariæ & voluntariæ ſatiſdationis, de qua agitur *in l. 7. §. 1. Qui ſatiſd. cog.* non vt Jacobo Cuiacio *22. obſ. 26.* adſtipulari poſſim, aut etiam Hieron. Treutlero *1. part. diſp. 5. th. 1.* cum ſatiſdationem aliam faciunt voluntariam, qualis ſit ſatiſdatio conuentionalis, id eſt, quæ ex voluntate litigatorum diem recipit certum, in quem ſiſti oporteat, vel ſi de die inter ſe conuenire non poſſint, arbitrio ſtipulatoris, niſi anguſtiorem præfixerit, quo caſu ei judex modum adhibeat *l. 8. Qui ſatiſd. cog.* aliam neceſſariam, veluti ex Edicto prætoris dato fideiuſſore locuplete ab eo, qui vocatus in jus, ne inuitus trahatur *l. 1. in ius voc. vt eant.* prætore ipſo ſtatuente diem, in quem Reus iudicio ſiſti ſatiſdatò promittat *l. 2. §. 9. de iudic.* Quaſi verò à circumſtantia diei vel voluntate partium iudicio ſiſti ſtipulationi adiectæ, vel quam prætor ſupplerit, alia eſſet voluntaria, alia neceſſaria & inuoluntaria ſatiſdatio. Quid ergo? iuſtè diſplicuit hæc diſtinctio Reinero Bachouio *in not. ad Treutl. d. loc.* poſteaquam voluntaria ſit omnis cautio, etiam illa, quæ ſatiſdando perficitur, ſi Reus euitare in ius ductionem non laboret. Quandoquidem ab eius volũtate ne inuitus in ius trahatur, hactenus dependeat; vtrum

eam

eam præſtare velit, aut nolit. Neque credere vnquam potui de concipienda ſtipulatione quemadmodum Irnerius accepiſſet *d. l. 8. Qui ſatiſd. cog.* Stipulatio concipienda & nondum perfecta non ſiſtit in jus ductionem. Sola quæſtio eſt, ſi ſtipulutio cum aliàs eſſet perfecta, litigatores tantum diſſenſerint in ponenda die, ad quam Reus ſe ſiſtere teneretur, quid juris eſſet? nimirum an proceſſura eſſet in ius raptio, an approbanda ſtipulatio vtut in die ſit diſſenſus. reſpondit Paulus diem eſſe in poteſtate ſtipulatoris, moderato ſpacio de hoc à judice poſtea ſtatuendo, ſi ſpacium nimis anguſtum ſtipulator adpoſuerit *d. l. 8.* Ratio dubitandi eſt, quod dies ſit pars ſtipulationis *l. 1. §. 2. de edend.* ideoque in ſtipulatione eo omiſſo, cum id ageretur, vt certo die ſiſteres, prout ex diſſenſu hîc apparet, imperfecta videatur ſtipulatio non ſecus ac ſi quod pondere, numero, menſura cōtinetur, ſine adiectione ponderis, numeri, menſuræ ſtipulatus eſſem, vel inſulam ædificari non demonſtrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine. *l. 115. de v. obl.* Ratio decidendi eſt, quod cum per errorem dies non fuerit omiſſus, ſed ſtipulator alium adpoſuerit, alium voluerit Reus promittendi, dies ſtipulatoris hactenus debeat approbari, cum declaratum fuerit à judice Reum promittendi ſe ſiſtere poſſe *iuxt. d. l. 8.* tum etiam debere

propter dinumerationem ſpacii, hoc caſu ne in incerto penderet judiciũ, ipſo jure pærſcriptam *in l. 1. Si quis caut. non obt. l. 3. de v. Sign.* aliter quàm in ſtipulatione priuata de in loco priuato ſe ſiſtendo obtinet vel ideo, ne contrahendi libertas alia lege regatur, quàm quæ data ab ipſis contrahentibus. Atat non quemadmodum volentibus contrahentibus obligatio in pendenti poteſt eſſe, & vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti debet eſſe, vel de alio tempore, quod poſtea aduenturum eſt, *arg. l. 35. de iudic.* niſi aliter inter litigatores conuenerit *l. 76. de v. obl. l. 10. de pecul. l. 3. de v. Sign. l. 8. Qui ſatiſd. cog.* non conueniſſe autem de die ſiſtendi in iudicio cenſentur, qui diſſenſerint, ac ideo ſtipulatoris voluntas corrigitur hoc caſu à voluntate judicis *d. l. 8. Qui ſatiſd. cog.* ſecundum voluntatem juris *in l. 1. Si quis caut. non obt. l. 3. de v. Sign.* Neque video, qua in re diſtinctio Dn. Iulii Pacii non ſatisfecerit Bachouio *in not. Treutl.* Cum ſtipulatio perfecta eſt omiſſa die, dies dicta cenſetur, quæ ex Edicto prætoris dinumerari poteſt. Sed cum perfecta ſtipulatio eſt extra diei adiectionem, ſuper qua tractatus fuerit, & conuenire litigatores non potuerint, voluntas actoris præfertur, ſi non arctior fuerit in præſcribendo temporis ſpacio quàm Edicto quod Reo datum, cuiuſque cura judici commiſſa ſit. *juxt. d. l. 8.*

perfecta

perfecta quid ni diſtinctio? *Scilicet intereſt*, inquit Bachouius, *an promittat quis ſe ſtiturum, aut exhibiturum in alio loco, aut in ipſo loco, in quo promittit, aut eum, qui in eo loco eſt.* Hoc caſu nullam eſſe ait Iulii Pacii diſtinctionem: illo caſu ſpacium quidem laxius adſignari poſſe: anguſtius non poſſe còque ſimpliciter verum non eſſe conuentioni partium diſpoſitioni *l. 1. Si quis caut.* derogari poſſe. Quaſi verò in ipſo loco, in quo quis promittit ſe ſtiturum, aut etiam eum, qui in eo loco eſt, qui promittit, dinumeratio temporis neceſſaria ſit, vbi ipſa ſtipulatio non neceſſaria eſt, niſi impetrata dilatione. Quid ita? Reus vt euitet in ius ductionem monitu Edicti ad ſatiſdationem, vel cautionem pro rei qualitate inuitatur. In judicio præſens & ipſe & fideiuſſor, quem daturus eſſet, quo colore promitterent, iudicio ſiſtendi cauſa in præſenti nulla in ius ductione Reum adſtringente? Quòd ſi autem in iudicio ſiſti inter actorem & Reum eiuſue fideiuſſorem interceſſerit, næ de alio quàm in præſenti, iudicio ſiſtendi tempore conueniſſe cenſendi ſunt. Eoque caſu bona etiam mihi videtur præceptoris noſtri diſtinctio, domiculum habente Reo, vtut eiuſdem fori ſit, aut etiam fideiuſſore nunc propius, aliquando longiùs, pro longitudine juriſdictioois. Altero caſu bene eſt, quòd admittant eandem diſtinctionem, ſi à

ſtipulatore laxius temporis ſpacium fuerit adſignatum, quàm in Edicto præſcriptum. Sed malè adiiciunt ab ipſis partibus anguſtius ſpacium adſignari non poſſe, quaſi conuentione partium diſpoſitioni *l. 1. Si quis caut.* derogari non poſſit. Quidenim vnicuique licet contemnere hæc, quæ pro ſe ſunt introducta *l. 41. de minor.* & nominatim in hac ſtipulatione judicio ſiſtendi cauſa *l. 3. de v. Sign.* in qua legem dat conuentio *l. 8. Qui ſatiſd. cog.* non minus quàm in quibuſuis contractibus, Goth. *ad d. l. 3. de v. Sign. conf.* Johan. Godæ. *ad eand. l. 3.* Atque hæc hactenus de ſatiſdatione neceſſaria & voluntaria, cuius fit mentio *in l. 7. §. 1. Qui ſatiſd. cog.* ad qualem ſatiſdationem ſiue neceſſaria ſit, ſiue voluntaria, nemo cogitur. Quid ergo inquies, an non male concepta Rubrica, *Qui ſatiſdare cogantur &c.* non ſane. Qui velit euitare in ius ductionem, & rerum immobilium non eſt poſſeſſor, cogitur in ius ſequi, aut ſatiſdare *iuxt. D. Rubric.* Deinde concepta quoque Rubrica eſt iſtis verbis, vt intelligeremus de ſatiſdatione eo ſenſu etiam neceſſaria in hoc Titulo agi, ad quam cogi quis poſſit etiam inuitus; quales ſatiſdationes ſunt tam iudiciales quæ propter judicium interponuntur vt ratum fiat, vt judicatum ſolui, & ex operis noui nuntiatione; quàm cautionales, vt de legatis ſtipulationes, & de tutela & ratā rem haberi

&

& damni infecti *l. 1. §. 1. & 2. de ſtipul. prætor.* Nam vtraque referuntur *in l. 14. l. 8. §. 2. §. 4. Qui ſatiſd. cog.* ac adeò, quod proponi poſſint vel per modum agendi, vel etiam excipiendi, *vid.* Caſtrenſ. *ad d. l. 8. §. tutor. Qui ſatiſd. cog. conf. l. 1. §. 2. de ſtip. prat.* neceſſariæ ſunt, cum juſta cauſa videbitur: non recuſabiles. Quamuis per neutras actio prior, quæ fuit, nouetur, vt poſtea dicam *c. ſeq.* Attingere adhuc in hac materia dum verſor, per occaſionem quid ni lubeat, eum, qui mulierem ad ſatiſdandum adhibet, non videri cauere, ſed ſi à marito fundus dotalis petatur, in rem ſuam fideiuſſuram mulierem *l. 8. §. 1. Qui ſatiſd. cog.* in rem ſuam, ne obſtet SCtum Velleianum: in rem ſuam quæ ſua fuit ciuiliter cum inchoaretur matrimonium, quæ ſua ſit naturaliter citra effectũ ciuilem conſtante matrimonio, quæ vergente marito ad inopiam vel matrimonio ſoluto plenè iterum ipſo iure ſua fiat *iuxt. l. 30. C. de iur. dot. vid. 7.* Membran. *26.* plane vt durante matrimonio, & marito ad inopiam non vergente dominium ciuile ſit penes maritum, naturale penes mulierem. Sententia, quam paulò aliter enuntiat Clariſs. & Doctiſs. Iuſt. Meierus *ad 23. libr. pand. tit. 3.* ac ſi re ipſa & actu maritus ſit dominus rei dotalis, omniaque dominii iure exerceat, exceptis iis, quæ ipſi in ſpecie ſunt adempta: vxor verò ſpe tantum & poteſtate ſit domina

 nullum-

nullumque dominii actum exerceat, niſi ad ipſam actu reuerſum ſit dominium. Minùs probo aut intelligo, qua mente mulierem velit haberi pro dominæ in ſpe, non in re, poteſtate, non præſenti facultate. Spe non eſt domina. Nam ita Paulus, *dotis* inquit, *cauſa perpetua eſt, & cum voto eius, qui dat, ita contrahitur vt ſemper apud maritum ſit l. 1. de iur. dot.* aut ecquæ iſta mulier, quæ ſpe duceretur dominii ad ſeſe redituri? immo re eſt domina, quoniam naturaliter citra juris ciuilis effectum rei eſt domina. Tum poteſtate ſola ſi eſſet domina quòd fieri poſſit, vt iterum fiat domina, talis eſſet domina, vt inſpecta veritate interim non eſſet domina. Immo in veritate citra ciuile effectum naturaliter interim quoque dotis eſt domina. Quid ergo: longius abeſt Ant, Faber *in Rational. ad l. 8. §. 1. Qui ſatiſd. cog.* dum ſcribit ſecundum prudentes, dotem eſſe in bonis mariti, id eſt, in domino eius bonitario, eſſe tamen mulieris, id eſt, in dominio eius Quiritario *l. 75, de iur. dot.* ſecundum Tribonianum dotis dominium bonitarium, naturale & verum, cuius paſſim melior & potior cauſa ſit, quàm Quiritarii, *juxt.* Vlp. *in fragm. inſt. tit. 19. in fin.* mulieris eſſe: mariti verò non niſi ciuile & fictitium *l. 30. C. de iur. dot.* Quaſi verò quicquid in bonis ſit, in dominio bonitario ſit. ita namq; ex *d. l. 75.* argumentatur, dum vult

prudentes

prudentes voluiſſe, dotis dominium vt eſſet in mariti dominio bonitario. Debile profecto argumentum, ignorata antiquitate contra antiquitatem. Rem in bonis noſtris habere intelligimur, quotiens poſſidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus *l. 52. de Acq. rer. dom.* Quodque euinci poteſt, non eſt in bonis *l. 190. de Reg. iur.* Dominus bonitarius rei vindicatione contra ſe inſtituta à domino Quiritario, quam poſſidens haberet exceptionem ad poſſeſſionem retinendam, quam actionem ad rem amiſſam ab eo recuperandam? Tum quod in dominio bonitario eſt, poteſt euinci. Quid? res cum in bonis eſſe dicitur reſpectu dominii ex jure Quiritium, dominium bonitarium intelligitur. At in libris noſtris dotem tali reſpectu in bonis mariti eſſe nuſpiam ſcriptum eſt. Ergo ad caſca illa dominia cur delabimur, nulla cogente neceſſitate, nulla digitum eò intendente juriſprudente? In bonis res eſſe dicitur reſpectu dominii Quiritarii, quæ eſt in dominio bonitario, velut hoc modo: *Si ciuis Ramanus à ciue Romano rem emerit, eaque ei tradita ſit, neque tamen mancipata ei neque in iure ceſſa. neque ab ipſo anno poſſeſſa. Nam quamdiu horum quid fiat, res ea in bonis quidem emptoris, ex iure Quiritium autem venditoris eſt.* Vlpian. *in fragm. tit. 1. §. 16.* Atat dos marito tradita ſi

ex

ex iure Quiritium ideò mariti non ſit, quia nec ei mancipata ſit, nec in iure ceſſa, nec anno poſſeſſa, neceſſe eſſet, vt nulla dominiorum tranſlatio quæ per traditionem fiat iure Quiritium vel etiamnum approbaretur niſi ſolemnitates iſtæ, (ceu ab Euandri ætate) acceſſerint. Quod ridiculum. Traditionibus & vſucapionibus rerum dominia transferuntur tam iure pandectarum *l. 3. de Acq. rer. dom.* quam Codicis *l. 20. C. de pact.* Dos in dominio bonitario mariti ſi fuiſſet vnquam, potuiſſet ab eo vſucapi anno poſſeſſa aut ſaltem plenè eius fieri, Vlpian. *D. tit. 1. §. 16.* Quod etiam relatum eſt nuſpiam, vt non dicam dominium bonitarium conſtitiſſe in rebus nec mancipi, quod traditione quidem adquirebatur, vindicari tamen amiſſa poſſeſſione non poterat, proper verba in eo deficientia *ex iure Quiritium vid.* Briſſon. *1. Antiq. 7.* Ræuard. *ad ll. 12. tab. c. 16.* Vultei. *in princ. inſt. de vſuc.* Hilliger. *4. donell. enucl. 19.* Iam autem dos vbi quæſitum, an ex rebus mancipi conſiſtat, an non mancipi? Sed enim intra cancellos rerum nec mancipi dotem compingunt, qui dotis bonitarium dominium marito tranſcribunt. Quiritarium vxori, vel econtra. Quo quid alienius? Marito dotalis fundi vindicationem damus, domino bonitario quæ nunquam tributa eſt. Mulieri non datur: ergo ex jure Quiritium non eſt

domina.

domina. Quid audio, Triboniani culpa dominium bonitariũ naturale & verum mulieri eſſe adſcriptum: Ciuile & fictitium marito *in l.30.C. de iur.dot.* ac ſi dominiũ bonitariũ fuerit vnquam dominiũ verum, meliuſq; iure Quiritario. O me. nec Vlpiani iſta inſcitia fuit, qui iſtud doceret, aut Triboniani imprudētia qui hîc ſileret, ſi ita docere deberet. Ius quidem bonitarium omne fuit etiam naturale, id eſt, carens effectu omni ciuili. Non econtra dominio naturali poſito ponitur dominium bonitarium, cum quia iam dudum abolitum foret ſublatâ rerum mancipi & non mancipi differentiâ tempore illo, quo conſtitutio data illa, tum quia explicationem probabiliorem admittat & veriorem, dominio naturali accepto eodem ſenſu, quo obligatio nudè naturalis accipi ſolet reſpectu obligationis nudè ciuilis. *vid noſtr.* Membr. *d. loc.* Hac in pagina plene ſub incudem omnia reuocare non eſt animus. Concludo dominii bonitarii cauſam non fuiſſe meliorem & potiorem quam Quiritarii. Clarè Vlpianus, *Qui tantum in bonis, non etiam ex iure Quiritium ſeruum habet, manumittendo latinum facit. In fragm. tit. 1. §. 16.* Neque reſiſtit locus alter, quando idem ait, *ſi ſeruus alterius in bonis alterius ex iure Quiritum ſit, ex omnibus cauſſis eum adquirere ei. cuius in bonis eſt. tit. 19. §. 20. in fragm.* Ac ſi diceres: coloni jus eſt plenius in perci-

percipiendis prædii fructibus. Ergo verum jus & naturale in prædio alieno habet, meliuſque quàm dominus prædii, quamdiu locatio durat. Si non æquo jure, ſaltem proportione juris hæc conſtant. Rerum mancipi alienatio erat, *vid.* Joh. Coraſ. *in l. 4. ad fin. de ſtat. hoium.* Res mancipi verum, naturale & ciuile dominium recipiebant. Res non mancipi non poterant alienari, aut mancipio dari. Vnde qui res huius naturæ vendebat, euictionis periculum in ſe haut recipiebat, *vid.* Chriſtoph. Beſold. *in oirconom. ad tit. 5. & 6. digeſt. libr. 1. num. 3.* atque in hiſce alterius erat dominium bonitarium, alterius Quiritarium. Si temporalem vtilitatem ſpectamus, illud fructuoſius erat, hoc dignius & melius inſpecta iuris auctoritate.

CAP. XI.

De Natura Stipulationum cautionalium: & nullas præcedentes actiones obligationeſue per eas extingui nedum nouari.

STipulationes aut ſunt prætoriæ, aut conuentionales *tot. tit. inſt. de diuiſ. Stipul.* prætoriæ aut ſunt judiciales, aut cautionales, aut communes *l. 1. de Stipul. prætor.* Cautionales ſunt, quæ inſtar actionis habent, & vt ſit

noua

noua actio, intercedunt, vt de legatis ſtipulationes, & de tutela, Rem pupilli vel adoleſcentis ſaluam fore, & ratam rem haberi & damni effecti *l. 1. §. 2. de ſtipul. prat.* neque quà prætoriæ ſunt, aliam habent naturam, quàm judiciales & communes. proinde etiam cautionalium quædam nudam repromiſſionem habent, *l. 1. §. 5. de ſtip. prat.* vnde cautionales dicuntur, ſatiſdatione & repromiſſione ſub vno cautionis genere comprehenſis *l. 188. §. 1. de v. ſign.* Idque cum minus aduertiſſet vir doctiſſimus Ant. Faber 3. *conject. 1.* docere auſus fuit, hujuſmodi ſtipulationes cautionales ideæ interponi, ut priſtina actio, quæ ſtipulatori aliunde competebat, in ſtipulationem jure nouationis transfundatur, ac adeò inde dici cautionales, quod tota deinceps ſtipulatoris cautio in ſtipulatione cautionali conſiſtat. Quo quid alienius? actionem priſtinam, quæ verè actio erat, in hanc cautionalem ſtipulationem, quæ inſtar actionis alicujus prodeſſe poſſit, jure nouationis transfundi, in cauta an non eſſet cautio? Sed enim nihil tam naturale eſt, quàm eo genere quodque diſſoluere, quo colligatum eſt. vnde verborum obligatio verbis tollitur: nudi conſenſus obligatio contrario conſenſu diſſoluitur *l. 35. de Reg. iur.* jam verò per ſatiſdationem, vel nudam repromiſſionem, an actio de tutela in ſtipulatio-

lationem cautionalem, Rem pupilli ſaluam fore, jure nouationis aut poſſet trã sfundi aut utile eſſet, ut transfunderetur? Meo judicio neutrum ſubſiſtit. Quid enim, actio principalis transfunderetur in acceſſoriam: actio plenior & bonæ fidei, in actionem minus plenam & ſtricti juris. ad ſummam non eſſet cautio, aut ſtipulatio cautionalis, qu᷉ actio noua eſſet perempta actione præcedenti, aut ſtipulatio deinceps principalis. ſtipulationes cautionales habent ſe inſtar actionis *juxt. l. 1. §. 2. de ſtip. præt.* hoc eſt, ad eas periculo ita ſuadente aduerſarium noſtrum apud juſdicentem compellere poſſumus, acſi actio ex conuentione nobis eſſet, qua eum ad ſatiſdandum vel repromittendum conſtringendi jus eſſet. ſed enim talis actio quoniam deficiat nobis, jurisdictione juſdicentis adinſtar actionis hac in parte adjuuamur. Vnde & prætoriæ ſunt appellatæ hujuſcemodi ſtipulationes, ad differentiam ſtipulationum, quæ extra judicium intercedunt, fidejuſſoris vel expromiſſoris conſtituendi gratia. Quæ quidem non incerta ſunt; ſi placet, eamus porro per exempla. Aiunt ſtipulationem, quæ legatorum vel fidei commiſſorum nomine interponuntur, nouare actionem ex teſtamento, ut qui legatum ſibi relictum ſtipulatus eſt, amplius ex teſtamento agere non poſſit *l. 21. de Accept. l. 8. §. 1. de nouat.* Quaſi verò iis

in locis

in locis agatur de ſtipulationibus cautionalibus? omnes quidem ſtipulationes natura ſui cautionales ſunt. Hoc enim agitur in ſtipulationibus, vt quis cautior ſit & ſecurior interpoſita ſtipulatione *l. 1. §. 4. de Stip. prӕt.* Aliam tamen naturam in ſpecie habent iſtæ, quæ cautionales dicuntur. Quandoquidem prætoriæ ſint, & non conuentionales *d. l. 1. de Stip. prӕt. tot. tit. inſt. de diuiſ. Stip.* de conuentionalibus agitur *in d. l. 21. de Accept. & l. 8. §. 1. de nouat.* non tantùm, ſed & *in l. 9. de nouat.* ex qua probare iidem conati ſunt, per ſtipulationem, *Rem pupilli ſaluam fore*, à pubere ratam habitam tutelæ actionem nouari; omiſſis verbis *nouandi animo*, ex quibus deciſio vniuerſa illic dependeat. Quid ita? omnes res tranſire in nouationem poſſunt, dum modo ſciamus nouationem ita demum fieri, ſi hoc agatur, vt nouetur obligatio. Ceterum ſi non hoc agatur, duæ erunt obligationes *l. 2. de nouat.* Eademque mala fide allegant *l. 11. §. qui autem de act. empt.* vt per duplæ ſtipulationem inde probent actionem ex empto nouari. Quod nec ibi ſcriptum, multo minùs vt aliqua ibi ſtipulationis cautionalis mentio fiat. Propiuſque viderentur accedere, allegata *l. 12. Qui ſatiſd. cog.* niſi laberentur. Quid enim & inde probare præſumpſerant per ſtipulationem, qua heredes ſub conditione ſcriptus ſubſtituto cauet, nihil ſe ex ea here-

ditate diminuturum *d. l. 12. & l. 8. de Stip. prat.* actionem ex teſtamento nouari, vt ſi quid promiſſor ex hereditate diminuerit, jam ex ſtipulatu non teſtamento teneatur *d. l. 12.* Quaſi verò actio ex teſtamento, quæ heredi ſubſtituto obſtante juris ratione competere nunquam potuerat, & per conſequens non præceſſerat, per ſtipulationem cautionalem nouaretur. Actio quæ nulla eſt, non poteſt perimi. perimitur, quod exiſtit; obligatio, quæ perimi non poteſt, non poteſt nouari. Rectè Bachouius *in examin. Rational. hoc loc. agitur*, inquit, *in d. l. 12. de actione danda heredi. Actio autem ex teſtamento nunquam datur heredi quà heres eſt, ſed legatariis contra heredem per aditionem cum illis quaſi contrahentem.* Tantum abeſt, vt quod in *d. l. 12.* dicitur, *committi ſtipulationem*, nouationem vllam inducat. Eiuſdem acuminis eſt, dum putant per damni infecti ſtipulationem nouari actionem (quæ aliàs videri poſſet nondum facta) in factum. Quo quid falſius? allegant *l. 18. de ſeruit. vrb. l. 15. §. vlt. de damn. inf.* quæ adeo nihil dicunt ea de nouatione, vt videantur vix inſpectæ. Poſtremum confugium eſt *ad l. vlt. §. vlt. Ratam rem hab.* ex qua per ſtipulationem de rato, quam Vlpianus inter cautionales enumerat, nouari condictionem indebiti elicere non dubitarunt. probatio verè etiam poſtrema, quia itidem

nulla.

nulla. Siquidem condictio indebiti, quæ eo loco competitura fuiſſet, ſi ſtipulatio de rato non ſubſecuta fuiſſet, aduerſus procuratorem iſtituenda fuiſſet, in cuius locum ſtipulationem de rato, quæ ſubſecuta, aduerſus dominum interponi nihil prohiberet. Ecquæ inde nouatio condictione manente aduerſus procuratorem, ſtipulatione de rato contra dominum? Atque ita feliciter, vt opinor, hactenus demonſtratum eſt, ſtipulationes cautionales non eam ob cauſam dici habere ſe adinſtar actionum, quòd actionum, quas nouant & perimunt, naturam induant, & vicem repræſentent. Ita eſt, intercedunt, vt ſit ex ſtipulatu noua actio *juxt. l. 1. §. 2. de Stip. præt.* quæ cautiorem & ſecuriorem faciat creditorem, in euentum quo actio principalis ſibi futura timetur minus vtilis. Non certè vt per hanc nouam perimeretur illa priſtina magis quàm per obligationem fideiuſſoriam obligatio principalis. Stipulatio autem omnis cautionalis fit aut datis fideiuſſoribus, aut expromiſſoribus; *l. 1. §. 5. de Stip. præt.* Itaque vtroque caſu duæ erunt obligationes. Neque iſta longiorem requirunt confirmationem. Quid? error iſte, vt videtur, dedit adhuc alium errorem: quando putant per ſtipulationem judicio ſiſti effici, vt quod priſtina actione petebatur, ex ipſa ſtipulatione præſtandum ſit, ſiue in duplum fuerit actio,

ſiue tripli aut quadrupli *l. 2. §. vlt. cum l. ſeq. Qui ſatiſd. cog.* Hæc propitiis auribus ecquis audiat? Stipulatio judicio ſiſtendi cauſa interpoſita aut fit datis fideiuſſoribus, aut præſtita cautione *iuxt. Rubric. Qui ſatiſd. cog.* ſiue fideiuſſiones judicio ſiſtendi cauſa acceſſerint, ſiue iudicio ſiſtendi cauſa promiſſiones. cui bono principalis obligatio nouaretur. Stipulatio judicio ſiſtendi cauſa interpoſita promiſſionem fori habet, non confeſſionem debiti. Vnde fieret receptâ iſta eorum ſententiâ vt veritas principalis obligationis periclitaretur ſi inſtipularetur, ſi in ſtipulationem judicio ſiſti facta nouatione conuerteretur. Stipulatio judicio ſiſti eſt communis nempe judicialis cum ad eum finem interponitur vt ratum fiat judicium, cautionalis vt debitor eò minus debiti, quod debet, præſtationem retardare poſſit. Non vt ea, quæ eſt obligatio principalis, transfundatur in obligationem cautionalem, quæ eſt acceſſoria. Quinimo illâ ſublatâ hæc tollitur. Argumentum rei, ex quo concluſeris tutò, illam non per hanc nouari. Aut hæc ſupereſſet. Atqui iniuriarum acturus ſtipulatione judicio ſiſti cum caueri ſibi feciſſet, iniuriarum actione extinctâ non ſupereſt, hæc ſtipulatio *l. 10. §. 2. Si quis caut.* Ac adeo rationem reddunt *3. coniect. 1. in fin.* iidem contra, quos hæc diſputamus. *Senſus eſt* inquiunt,

non

non poſſe heredem agere ex ſtipulatione interpoſita propter actionem iniuriarum, quoniam nec iniuriarum agere poteſt, neque ipſi ſtipulatori; ſi vellet, omiſſa iniuriarum actione ex ſtipulatu agere permitteretur. Scilicet, quoniam hæc ſtipulatio communis eſt, nec tantum judicialis ſed etiam cautionalis & ideo actionem iniuriarum, propter quam interponitur, ſic repreſentat, vt quemadmodum illa, ita hæc neque heredi neque aduerſus heredem competat. Quod ſi autem ita eſt, vt eſt ſane faceſſant coniecturæ, quibus ſuſtinent per ſtipulationem judicio ſiſtendi cauſa interpoſitam nouari obligationem priſtinam, tum etiam per omnes ſtipulationes cautionales. Actio iniuriarum erat actio priſtina *in d. l. 10. Si quis caut.* Sicuti hæc non nouatur ob ſubſecutam judicio ſiſti ſtipulationem *in d. l. 10. §. 2.* ita nullæ actiones principales nouantur per ſubſecutas ſtipulationes cautionales. acceſſio ſubſiſtit re principali ſubſiſtente. Hac corruente non corrueret acceſſio, ſi actione priſtina mortua viueret nouationis jure ſtipulatio cautionalis. Quod credendum non eſt.

CAP. XII.

De Natura actionis ex teſtamento aduerſus heredes; eam non eſſe actionem bonæ fidei, ſed ſtricti juris.

MEntio, quæ facta ſuperiore capite, actionis ex teſtamento, ad naturam eius proponendam excitat nos hoc loco. Cùm legitimè inſtitutus heres adiuit hereditatem exinde cui aliquid in teſtamento vel codicillis relictum eſt, datur perſonalis hæc actio aduerſus eos, à quibus teſtator aliquid legauit, vel fideicommiſit *l. 1. & 2. C. Com. de legat.* Enimuero heres quoniam adeundo hereditatem quaſi contrahendo obligaſſe ſeſe intelligitur, meritò conueniri perſonali hac actione ceu debitor debuit *§. heres inſt. de obl. ex quaſ. contr.* quæ merè rei perſecutoria eſt, perpetua & aduerſus heredes in ſolidum tranſitoria *vid. ſupr. libr. 1. c. 14.* Arn. ab Haerſolte *5. Aduerſ. 4.* Oldendorp. *5. Claſſ. act. 4.* An bonæ fidei? Quæſtio per occaſionem hîc non indigna, quæ decidatur. Ac quidem primitus viro Ampliſſimo viſum fuiſſe video ac ſi judicium hoc, quo ex teſtamento agitur, bonæ fidei eſſet *ex l. 3. in princ. l. 34. de vſur.* & ideo contineret in ſe doli exceptionem *l. 21. Sol. matrim. vid. 12. Conject. 18.* Equidē gaudeo

non perſtitiſſe *15. coniect. 3. in fin.* actione ex teſtamento comparata cùm actione ex ſtipulatu iis verbis: *Idemque*, inquit, *de actione ex teſtamento iuris eſt, quia licet ea proximè accedat ad bonæ fidei actiones, quod ad præſtationes attinet, quas pleniſſimas habet vt teſtatoris voluntati, quæ latiorem interpretationem recipit, ampliſſimè quantum fieri poteſt ſatisfiat l. 34. de vſur. l. 84. de legat. 2. l. 12. de Reg. iur.* actionibus tamen bonæ fidei non adnumeratur *§. actionum inſt. de Act. neque fieri poteſt, vt adnumeretur, quia non agitur in ea de fide bona, ſed de ſola teſtatoris voluntate, quæ ex teſtamenti verbis petenda. &c.* Deciſio, quæ ante eum & poſt eum hactenus ferè familiam duxit. Nam ita ſemper creditum, ſicuti teſtamentorum, ita huius actionis ex teſtamento magnum eſſe fauorem *l. 12. de Reg. jur.* proinde in eam venire vſuras ex mora *l. 47. de legat. 1. l. 78. §. 2. l. 84. l. 87. §. 1. de legat. 2.* Quod proprium bonæ fidei actionum *l. 32. §. 2. de vſur. l. 13. §. 19. cum §. ſeq. de Act. empt.* Deinde, ſi in ea res reddatur deterior; eam haberi pro non reddita, ita vt actione ex teſtamento tota res peti poſſit, quouſque omnia perfectè ſoluantur *l. 84. §. 4. de legat. 1. l. 1. §. 16. depoſ.* Denique in actione ex teſtamento re legata, legatos quoque cenſeri fructus *l. 39. §. 1. de legat. 1.* Itaque venire in eam vt in ceteris bonæ fidei judiciis, quæ nec dicta nec cogita ſunt *l. 13. §. 10. de Act. empt. l. fructus C.*

de act. empt. ad ſummam quoad effectus iſtos enumeratos actionem ex teſtamento eſſe actionem bonæ fidei; non verò quoad effectus alios, in quibus remaneat ſtricti juris. Bartol. *in l. 5. de eo quod cert. loc.* Jaſon. *ad §. actionum num. 5. & ad l. 3. C. in quib. cauſ. reſtitut. non eſt nec.* Zaſ. *in D. §. action. num. 21.* Gomeſ. *num. 28.* Schneiduin. *num. 8.* Oldendorp. *5. claſſ. act. 4. num. 9.* Johan. Stuck. *2. part. exerc. decad. 5. adſert. 2.* Fateor: hæc & ſimilia nunquam ſatisfeciſſe. Quid enim vt actio aliqua partim eſſet bonæ fidei, partim ſtricti juris, ſemper inſolens mihi viſum: & adhuc videtur. Non connumerata eſt actio ex teſtamento inter actiones bonæ fidei *in §. 28. inſt. de Act.* aut vllibi talis declarata. Cum homo legatus actione ex teſtamento petitus eſt ab herede, cauſa eius temporis, quo lis conteſtabatur, repræſentari debet legatario *l. 91. §. 7. de legat. 1.* Quippe legatorum ſeu fideicommiſſorum vſuras ex eo tempore quo lis conteſtata eſt, exigi poſſe manifeſtum eſt: ſed & fructus rerum & mercedes ſeruorum, qui ex teſtamento debentur, ſimiliter præſtari ſolent. *l. 1. vlt. C. de vſur. legat. & fideiuſſ.* Quod actionum ſtricti juris proprium *l. 31. de Reb. cred. l. 2. de vſur. l. 38. §. 7. de vſur.* Vnde & cum ex teſtamento agitur, non ſolet in litem jurari, *l. 6. de in lit. jur.* aliter quàm obtinet in judiciis bonæ fidei *l. 5. D. tit.* cum quibus ceu

diuerſa

diuerſa coniungitur legata & fideicommiſſa *in l. 3. C. commun. de legat. l. 3. l. 3. in quib cauſ. in integr. reſt. l. 34. de vſur.* aliàs cur non judiciis bonæ fidei fuiſſent incluſa? nuſpiam hoc factum. Quid ergò reſpondebimus? ſcilicet hoc: actionem ex teſtamento diſcernendam eſſe hac in re, ab actione in rem, & hypothecaria, & condictione, quæ contra poſſeſſores & debitores hereditarios exerceantur. Illam exercere legatarium contra heredem. Haſce contra heredem & eos, qui defuncto deberent, quod legatario defunctus legârit. Illam ceu creditorem ex contractu *l. 5. §. de obl. & act.* haſce ab adita hereditate ceu in locum defuncti ipſo jure ſubſtitutum dominum *l. 86. §. 2. de legat. 1. l. 64. de furt.* Legatum eſt donatio quædam à defuncto relicta ab herede præſtanda *§. 1. inſt. de legat. l. 36. de legat. 2. l. 116. de legat. 1.* Atat omnes donationes ſunt ſtricti juris *l. 22. de donat.* Adeo vt cum de modo legati vel fideicommiſſi quæritur, neque partus nomine, neque fructuum, neque penſionum neque mercedum, neque vſurarum defuncto debitarum vlla donatio facta eſſe videatur *fac. l. 11. de donat.* Quæ deinceps cauſa eſt, cur ante moram heres ad ea non teneatur *l. 84. l. 87. §. 1. de legat. 1. l. 3. C. in quib. cauſ. in integr. reſt. l. 8. l. 39. de vſur.* Ne ceteroquin bonæ fidei judicia eſſe viderentur *l. 1. §. 23. & 24. de poſ.* Legatum ita dominium

rei legatarii facit, vt hereditas heredis res ſingulas. Quod eò pertinet, vt ſi purè res relicta ſit, & legatarius non repudiauit defuncti voluntatem, rectâ viâ dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſeat, nunquam factum heredis *l. 80. de legat. 2.* dominium, inquam, ipſius rei legatæ, & omnium, quæ eam attingunt, ac quidem, vt ſi legatarius repulerit à ſe legatum, nunquã eius fuiſſe videatur: ſi non repulerit, ex die aditæ hereditatis eius intelligatur. Immò ſecundum hanc regulam & de jure eorum, quæ per traditionem ſeruus legatus acceperit, aut ſtipulatus fuerit, deque his, quæ legata ei vel donata fuerunt, ſtatuetur, vt vel heredis vel legatarii ſeruus ſingula geſſiſſe exiſtimetur *l. 86. §. 2. de legat. 1.* heredis ſeruus legato non agnito: legatarii ſeruus ex die aditæ hereditatis, ſi legatum non repulerit. Neque alia de fructibus, penſionibus, & vſuris rei legatæ ſeruanda regula. Ab adita hereditate namque ad legatarium pertinent legato agnito: Vindicare quidem à tempore mortis ea ei conceſſum, quæ vindicationem recipiunt, & expreſſe legata ſunt. in actione perſonali ex teſtamento aditæ hereditatis mentio facienda eſt propter quaſi contractus figuram, cuius ratio haberi non poſſit ante aditionem. Vnde fructus ex fundo purè legato poſt aditam hereditatem à legatario perceptos ad ipſum pertinere reſponſum eſt

l. 120.

l. 120. in fin. de legat. 1. Quid, an non etiam percipiendos? ita ſanè; ſi nullus cõtradixerit, aut rẽ legatam in ſua habuerit poteſtate. Sin minus, nec ab aliis peti poſſunt re non petita nec ab herede re non prius petita, quoniam expreſsè non ſint legati. Tantũ abeſt, vt obſint ij loci, ex quibus poſt moram ad proſtationem legatorum & fideicommiſſorum obligatum eſſe heredem docere in procliui ſit. Quid ita? ſi ex legati cauſa aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter poſt mortem eius, teneris mihi, quàm ſi per te ſteterit, quò minùs viuo eo eum mihi dares. Quod ita fit, ſi aut interpellatus non dediſti, aut occidiſti eum *l. 23. de v. obl.* Similiter heres poſt moram debet fructus, vſuras, penſiones, mercedes à defuncto ad legatarium deuolutas, quatenus per heredem ſteterit, quominus à legatario percipi potuerint *l. 39. §. 1. l. 23. l. 47. l. 91. in fin. l. 120. in fin. de legat. 1. l. 84. l. 87. §. 1. de leg. 2. l. 3. l. 8. de vſur. l. 3. C. in quib. cauſ. reſtitut. in integr. non eſt l. 3. C. de vſur. & fruct. legat.* aliàs ante litẽ cum herede conteſtatam ab herede exiguntur fruſtra *l. 1. l. vlt. C. de vſur. & fruct. legat.* Quod ipſum Interpretes vulgò minus adſecuti actionem hanc ex teſtamento propterea bonæ fidei eſſe eatenus concluſerunt, quòd in eo bonæ fidei judiciis adæquari viderentur *in l. 32. §. 2. l. 34. de vſur. l. 3. C. in quib. cauſ. in Integr. reſt.* omnino male. Tenetur

heres

heres ad fructus & vſuras poſt moram eodem jure, quo in actione ex ſtipulatu, *d. l. 32. de. v. obl. l. 39. §. 1. de legat. 1.* Aliud quam eſt in fructibus & vſuris ab herede præſtandis ſuo nomine, non ex perſona defuncti. Quid ita? neque eorum fructuum, qui poſt litem conteſtatã, officio judicis reſtituendi ſunt, vſuras præſtari oportet, neq; vſuras eorum qui ante litem conteſtatam percepti heredi quaſi malæ fidei poſſeſſori condicuntur *l. 15. de vſur.* Ex hoc loco patet differentia, quæ eſt hac in re inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris. In judiciis bonæ fidei poſt moram vſuræ quæ ante non debitæ, debentur *l. 32. §. 2. de vſur.* in ſtrictis, veluti in actione ex teſtamento pecuniæ à defuncto nulli mutuò datæ & legatæ vſuras, quæ ante non debitæ, ex die, quo lis conteſtata eſt, ab herede exigi poſſe diciſum eſt *in l. 1. C. de vſur. & fruct. leg. & fideic.* pecuniæ à defuncto (quæ cum eſſet alicui mutuò data ſub vſuris) tibi aut mihi legatæ vſuris, quia jã ante debebantur, petendis à die moræ *l. 32. de v. obl.* nec mirum vſuræ à die litis conteſtatæ, quæ deberi incipiũt, officio judicis reſtituendæ ſunt, *juxt. d. l. 15. de vſur.* vſuræ, quæ ante litem conteſtatam ex contractu ſtipulationis à defuncto cum aliquo initæ ceu incrementa rei legatæ *fac. l. 39. de vſur.* ad legatarium poſt aditam ab herede hereditatẽ deuolutæ ſunt, ab herede à tẽpore moræ legatario præſtãdæ ſunt.

ſunt.*l. 8.l.39.de vſur.l.84.l.87.§.1.de legat.2.* quoniam per illum ſteterit, quò minùs eas legatarius percipere potuerit *l. 32. de v. obl.* veluti cùm eas percipiſſet, ſi pecuniam legatam habuiſſet: quaſque eâ prius non acceptâ exigere minus poſſit, vtpote ſtricto iure non legatas. Exemplum eſt *in l. 84. de legat. 2.* vbi heres, per quem ſteterit, quo minùs legatarius acceptâ à ſeſe prius libertate pecuniam legatam cum vſuris percipere potuerit; poſt moram ſcribitur eſſe obligatus ad fideicommiſſum, onere vſurarum defuncto priùs debitarum fideicommiſſo accedente: onere, inquam, id eſt, periculo, ſi poſtea percipi non potuerit. *l. 3. C. de uſur. & fruct. legat.* aut ſi heres eas perceperit, vt intelligat ad eas reſtituendas ceu malæ fidei poſſeſſorem ſe obligatum eſſe *l.15 de vſur. d.l. 84.l. 39. §. 1. de legat. 1.* poſteaquam & hoc caſu per illum ſteterit, quò minùs ab eo, qui eas deberet, percipere potuerit. neque inſpectionem habet; ac ſi non fruſtra certi hominis fiat mentio *in l. 23. de v. obl.* Siquidem ea ideo fiat, vt intelligamus, cùm homo incertus legatus fuerit, quia is interire item non poſſit, non tantum periculum eſſe, ex quo poſt moram fieret, vt heres legatum præſtare non poſſet. Quòd autem in actione ex teſtamento res deterior reddita, ita vt primæua actione ex teſtamento tota peti poſſit, quouſq; omnia perfectè ſoluantur

iuxt.

iuxt. l. 84. §. 4. de legat. 1. Equidem ego haud admiſerim eum eſſe vnum ex præcipuis bonæ fidei effectibus. Rerum legatarum quædam partium præſtationem recipiunt, veluti cum decem legata ſunt, & quinque ſoluta, durat actio ex teſtamento ad quinque *l. 9. §. 1. de ſolut.* Quædam non recipiunt partium præſtationem, ut in his, quæ diuiſionem non admittunt, veluti cum iter, actus, vel via legatur. Quædam partis quidem dationem natura recipiunt, ſed niſi tota dantur, voluntati teſtatoris non ſatisfit, veluti cũ hominẽ generaliter teſtator legauerit, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam ſi ſtichi legati pars ſoluta ſit, nondum in vlla parte legati liberatio nata eſt, ſed aut ſtatim integri legati petitio reiterari poteſt, aut in pendenti erit, donec alius detur. *fac. l. 2. §. 1. de v. obl.* ex qua interpretari ſoleo *d. l. 84. §. 4. de legat. 1. l. 12. de aur. & arg. legat.* Atqui de ſtricti iuris iudicio agitur *in d. l. 2. §. 1.* Iure non ignoto. Res abeſſe videntur, etiam hæ, quarum corpus manet, forma mutata eſt, & ideo ſi corruptæ ſint vel transfiguratæ, videntur abeſſe *l. 13. §. 1. de v. Sign.* etiam in ſtrictis iudiciis eò ſtrictiùs, quia ſtrictè debeantur *fac. l. 3. de condict. Tritic. l. 8. §. 1. de cond. furt.* Ergo id cum ita ſit, manet, quod ſuſtinemus, nimirum actionem ex teſtamento eſſe ſtricti iuris. Plane vt decepti ſint, qui hactenus poſt moram heredis in

præ-

præſtandis legatis & fideicommiſſis heredem obligari exiſtimauerunt etiam ad vſuras teſtatori ante non debitas, ſed ex ſua mora debendas. Fateor, id ſi admitteretur, bonam hac in re fore ſimilitudinem inter legata & bonæ fidei judicia. Sed enim non eſt ita, vt quidem mihi videtur. Pecuniâ à teſtatore legatâ alicui, quæ teſtatori cum vſuris ab aliquo deberetur, ante moram heres ad tales vſuras nõ tenetur, quoniã per eum non ſteterit, quò minus legatarius pecuniam principalem cum ſua acceſſione conſequeretur, percipere. Aliud quam eſt poſt litem conteſtatam. Enimuerò tunc ſiue vſuræ teſtatori debitæ jam antè poſt moram heredis acceſſerint, pecuniæ legatæ, ſiue ex ea teſtatori nullæ deberentur, etſi viueret, pergunt & incipiunt deberi ab herede *l. 1. C. de vſur. & fruct. legat.* pergunt inquam deberi, & non ſiſtuntur vſuræ ex pecunia legata teſtatori debendæ, ſi viueret; cum moram jam antè heres contraxerit in legato ſoluendo. Sin minùs, ex die litis conteſtatæ deberi incipiunt vſuræ, quas heres debet debere *iuxt. l. 1. C. de vſur. & fruct. legat.* aliter quã in bonæ fidei judiciis, vtpote in quibus vſuræ, quæ non debentur, poſt moram incipiant deberi *l. 32. §. 2. de vſur.* Idemque juris etiam eſt in fructibus. Poſt moram heredis debentur, qui, quò minus à legatario percipi potuerint, per heredis

moram

moram effectum ſit. Quid enim heredi tales fructus ceu malæ fidei poſſeſſori extorquentur *l. 15. de vſur.* Malæ fidei poſſeſſor reſtituit fructus non tantum quos perceperit, ſed & quos percipere potuerit. Idem eſt in herede, qui poſt moram fructus rei legatæ perceperit *l. 39. §. 1. de legat. 1.* Ita eſt, à die mortis teſtatoris nec vſuræ nec fructus ceu acceſſiones officio judicis reſtituendæ, conſiderantur, *arg. l. 15. de vſur. l. vlt. C. de vſur. & fruct. legat.* quatenus poſt moram debentur, in petitionem ipſam ceu incrementa rei legatæ deducuntur *d. l. 39. §. 1. de legat. 1. fac. l. 39. de vſur. l. 23. de legat. 1. l. 14. de vſur. l. 26. de legat. 3.* Aliud quàm eſt lite conteſtatâ, vtpote à quo tempore in ſtrictis judiciis veniant officio judicis, vt cauſa omnis reſtituatur *l. 31. de Reb. cred. l. 38. §. 7. de vſur. l. vlt. de vſur. & fruct. legat.* Ad exemplum actionis realis, in qua idem hac in re obſeruetur *l. vlt. C. de vſur. & fruct. legat.* Quid ergo, clariùs hæc exponenda fuere, quàm fecimus *ad. l. vinum. num. 59. de Reb. cred.* tum vt aliter hæc conciliarentur, quàm ab Duareno factũ *in comment. Cod. ad tit. de vſur. legat.* aut etiam ab aliis, *conf.* Donell. *8. comm. c. vlt. ibi* Hilliger. *in not. lit. c.* Coſtal. *ad l. 3. de vſur.* Ant. Fabr. *7. conie*[illegible].

CAP.

CAP. XIII.

Actio ex Edicto de Edendo pleniùs explicata: & ex qua natura aduerſus heredem non detur.

PRudenter conſtitutum videtur, eum, qui acturus eſt edere actionem debere, vt ſciat Reus, vtrum cedere an contendere vltra debeat, etſi contendendum putat, veniat inſtructus ad agendum, cognita actione, qua conueniatur *l. 1. de edend.* Editio, quæ in jus vocationem ſequitur, non præit: Quod falſò putauêre *in Rational. ad d. l. 1.* forte ſecuti Duarenum *ad tit. de edend. c. 1.* ſed decepti, vt videtur, eo non intellecto. *vid. infr.* Extra judicium appellare debitorem, vt ſoluat, vrbanum eſt, ac etiam vtile, ne bona nomina non appellando extra judicium, antequam actio inſtituatur, fiant mala in agendo apud juſdicentem vel judicem omiſſo vrbanitatis iſtius termino. Scilicet huiuſcemodi appellatio extrajudicialis eſſet editio actionis, de qua agitur *in d. l. 1. de edend.* non eſt ita: In jus vocare eſt juris experiundi cauſa vocare *l. 1. de in jus voc.* In jure actio Reo edi debet ab Actore *juxt. l. 1. de edend.* antequam actor deſiderium ſuum apud eum, qui juriſdictioni præeſt, exponat, *juxt. l. 1. §. 2. de poſtul.* Quò illa Duareni refero, dum ait. *hæc editio*

olim fiebat, antequam Reus in jus id eſt apud prætorem vocaretur judicii conſtituendi cauſa. in comm. ad tit. de Edend. vt ſciat Reus vtrum cedere an contendere vltra debeat *d. l. 1. de edend.* vltra, inquam, poſteaquam in jus ventum eſt, vt intelligat, adhuc rem eſſe integram, juſdicente nondum compellato. Quod ipſum, ante in jus vocationem, non tam propriè fuiſſet dictum. Etenim vbi cœptum agere, exinde bene dicitur deliberari poſſe, vtrum cedere an contendere vltra Reus velit. Ante in jus vocationem vix eſt, vt de vltra contendendo cogitari poſſit, contentione vlla judiciali necdum incepta. Deinde ſciendum eſt ſub Titulo *de edendo* duo Edicta à prætore propoſita eſſe. Vnum quo jubet eum, qui acturus eſt, Reo actionem & inſtrumenta litis edere. Nam & à Reo hæc deſiderii expoſitio fieri poteſt apud eum, qui juriſdictioni præeſt, ſi actor in eo deſit ſuo officio. Alterum, quo jubet Argentarium rationes cuique ſuas edere *l. 4. de Edend.* Vtriuſque ſua eſt vtilitas. Prioris, vt ſciat Reus, vtrum cedere an contendere vltra debeat, etſi contendẽdum putet, veniat inſtructus ad contradicendum deſiderio actoris *l. 1. §. 2. de poſtul.* & defendendum ſe deinceps in judicio apud judicem datum *iuxt. l. 1. de edend.* Aliàs actio ſpecialis ex hac Edicti parte neceſſaria non fuit; cum ipſo jure ex Edicto hoc res ita procederet, vt niſi

editio

editio fieret, agendi poteſtas actori tantiſper non procederet: eo ipſo ad editionem faciendam ſatis inuitato actore, aut per metum huius in factum actionis conſtringendo. Sed quid audio? edendam non ſolùm eſſe actionem, editionem etiam exigi poſſe ab actore rationum & inſtrumētorum omnium, quæ quis apud judicem editurus eſt. *l. 1. §. 3. de edend.* vt eò perfectiùs ſciat Reus, vtrum cedere, an contendere vltra debeat; non verò (quod improbabiliter cenſet Ant. Faber *in Rational. ad l. 1. §. 3. de Edend.*) vt prætor ſecundum ea actionis formulam concipiat. *Abſurdum cum foret, hoc petere Reum, cui vtiliſſimum fuerit in conceptione formulæ, ab actore errari.* Rein. Bachou. *in examin. Rat. d. loc.* vt non dicam jam ante docuiſſe Fabrum: editionem præcedere in jus vocationem. Quod ſi verum eſſet, haut video quemadmodum docere poſtea auſit, inſtrumenta litis ideo edi, vt ſciat prætor ſub qua verborum conceptione formulam actionis dictare debeat. Amabo te: ante in jus vocationem ecquæ præſentia prætoris, ecquæ eius partes in dictanda actionis formula? poſterior huius Edicti pars verſatur in actione contra Argentarium danda, vt actori argentariæ menſæ rationem, quæ ad ſe pertinet, edat adiecto die & conſule. Ac quidem non iniqua ex juris ratione. Nam cum ſingulorum rationes argentarii

conficiant, æquum fuit, id, quod mei cauſa conficiunt, meum quodammodo inſtrumentum mihi edi *l. 4. §. 1. de edend.* Atque ex hoc Edicto in id, quod actoris interfuit, rationes ſuas ſibi edi, actio competit *l. 6. §. 4. de edend.* Vnde apparet, ita demum tenere hoc Edictum, ſi ad eum pertineat. Pertinere autē videtur ad me ratio, ſi modò argentarius eam tractauerit me mandante vel meo procuratore *d. l. 6. §. 5.* Is autem, qui in hoc Edictum incidit, id præſtat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur à prætore, non quod hodie intereſt & ideo neque augmentum neque deminutionem, licet intereſſe deſiit, vel minoris, vel pluris intereſſe cœpit, locum actio non habebit. *l. 8. §. 1. de edend.* Eoque ſenſu relatis verbis iſtis, *neque augmentum, neque diminutionem,* ad verbum *præſtat*, quod præceſſit, non opus eſt emendatione Fabri *in Rational. d. loc.* tollentis dictionem *locum in d. l. 8. §. 1.* aut Arnoldi Haerſoltii *1. part. Aduerſ. Act. 14. in princ.* legentis, *neque ad augmentum neque ad deminutionem.* Lectio, quæ eodem recidit, quò Fabri. Senſus eſt, eum, qui non edidit mihi, teneri in id, quod interfuit mea, quum de edendo decerneretur, ſiue poſtea nihil, ſiue pluris, ſiue minoris mea interſit *l. 10. §. 3. de edend. 7. eclog. 18. c. 8.* Gothofr. *ad d. l. 8. §. 1. de edend.* Quid? an eapropter hæc actio habenda ſit pro actione

actione pœnali? ita judicat vir doctiſſimus Antonius Faber *in Rational. ad l. 8. de edend.* à parte Rei actione adſpecta: à parte actoris judicans eam eſſe rei perſecutoriam. Alia iterum mea ſententia eſt, quam in hiſce libris firmaui non vno loco *conf. libr. 1. c. 16. & 17. libr. 2. c. 10. c. 12. c. 13. in princ. ſupr.* nimirum actionem hanc eſſe actionem in factum, ex dolo malo deſcendentem, & pœnæ nomine taliter conceptam, *l. 8. in princ. l. 9. in princ.* ibi *per metum in factum actionis. & §. 1. de Edend.* vt veritatem perſequatur, non pœnam *d. l. 8. §. 1. l. 6. §. 4. l. 10. §. 3. de edend.* Vnde hæc actio, neque poſt annum, neque in heredem, niſi ex ſuo facto, dabitur. Heredi autem dabitur *l. vlt. de edend.* In heredem, inquam, ex ſuo facto, quatenus rationes defuncti argentarii ad eum peruenerint, quas poſſit edere, & nolit mero dolo *l. 8. de edend.* Siquidem nihil interſit, ſi ſucceſſores, aut pater aut dominus argentarii eiuſdem fuerunt profeſſionis. Quia cum in locum & jus ſuccedant argentarii, partibus eius fungi debent *l. 9. §. 1. l. 6. §. 1. de edend.* Aliàs cum rationes nec poſsideant, nec dolo malo fecerint, quò minùs poſsideant, non tenentur. Sed enim ſi eis, antequam eas legatario tradant, renuntiatum fuerit, ne ante editionem eas tradant, tenebuntur hac in factum actione, quaſi dolo fecerint. Quod ſi nihil dolo fecerint heredes

traditis legatario rationum tabulis, de quarum editione quæratur, cauſa cognita legatarius cogendus eſt edere *l. 9. §. 1. de edend.* cauſa inquam cognita, quæ judicem moueat, vt æquum eſſe judicet ab eo eas edi, quas poſſit edere. *Fac. l. 6. §. 9. de edend.* Aliàs is, cui Argentarius rationes ſuas legauit, non videbitur ad faciendã editionem hoc Edicto teneri magis, quàm teneretur, ſi argẽtarius viuus eas ei donaſſet *l. 9 §. 1. de Edend.* Neq; hæc obſcura ſunt: tumultuantur tamen *in Rational. ad d. l. 9. §. 1. de Edend.* ac ſi tota iſta additio. *Quod ſi heres nihil dolo fecerit, cauſa cognita legatarius cogendus eſt edere,* adſcribi mereatur Triboniano. Quid ita? *pugnat enim,* inquiunt, *cum eo, quod proximè dixerat paulus, non cogi legatarium edere quamuis habeat rationes item cum ratione iuris. Quid enim refert ad legatarium editioni obligandum, an heres aliquid dolo malo fecerit nec ne.* Itane hæccine tanti eſſent, vt propter ea vapularet Paulus *in d. l. 9. §. 1. de Edend.?* Equidem ego præſentiam mentis in ſcribendis iſtis & ſimilibus precari ſoleo ſummo viro: cum ſuperindicto: feſtinans calamus imperfectas ducit lineas. Aut quæ iſthæc pugna? Regulariter legatarius ad editionem rationum ab argentario ſibi legatarum non tenetur. cur? eſt ſucceſſor ſingularis. Edicto *de Edendo* tenetur ſucceſſor juris *l. 9. §. 1. de edend.* atque hic donec teneri poteſt, vt edat, ad

quid

quid edere cogeretur legatarius? Teneri autem poteſt heres, ſi poſſideat rationes defuncti argentarii, aut dolo fecerit, quò minùs poſſideat. Quòd ſi verò nec poſſideat rationes, nec dolo fecerit, quò minùs poſſideat, vtique juſtiſſimè abſoluitur à facienda rationum editione, quam per naturam nequeat facere *iuxt. d. l. 9.* §. *1.* Quid ergo; ſi heres bona fide oſtenderit à ſe rationes edi non poſſe, quas non habeat, quid remedii? nullum aduerſus heredem: ſed pone rationes eas, quarum editio ab herede fruſtra deſideraretur, penes legatarium eſſe. Næ hunc caſum decidit Paulus *in d. l. 9.* §. *1.* nempe regulariter legatarium non teneri ad editionem rationum, etiam quæ ad ſe peruenerunt titulo legati. Sed eo caſu, quo heres vt teneretur, non æquum foret, legatarium cauſa cognita, ſeu, quod idem eſt ſpeciali æquitate interueniente, vt & poſſit citra diſpendium ſuum, & debeat, alterius commodo ne inuidere permittatur, edere eas, quas penes ſe habere cognoſcitur, cogendum edere *iuxt. d. l. 9.* §. *1.* remedii loco, vt actori editionis fiat copia, ſine legatarii inopia. Tantum abeſt, vt legatarius teneatur ex eo, quod heres vel dolo fecerit, prout Aduerſarius ea verba captat. Causâ cognitâ legatarius quodammodo quaſi heredes ad editionem cogi poteſt *iuxt. d. l. 9.* §. *1. arg.*

l.14.§.1.de vſucap. Sed cauſà cognitâ, nõ regulariter. Sed ex dolo ſuo, non verò propter dolum in herede ceſſantem. Neque hæc ſufficiunt, laborant iidem *in Rational. ad l. vlt.* quemadmodum intelligi debeant verba iſta *hæc actio neque in heredem, niſi ex ſuo facto, dabitur.* Admittunt heredẽ cogi edere, etiamſi nunquam actum ſit eo nomine aduerſus defunctum, ſed ita demum, ſi rationes penes ſe habeat, aut dolo malo eas deſierit habere. Non etiam ſi eas nec habeat, nec vnquam habuerit, aut ſi habuerit quidem, ſed legatario tradiderit *l. 9. §. 1. de edend.* Quo tamen caſu aiunt eum teneri, *ſi factum ipſius aliquod interuenerit, viuo ſcilicet argentario, puta ſi cum eo colludens Argentarius rationes ei tradiderit & ante condemnationem deceſſerit, eo ipſo herede relicto. Nam ſi poſt mortem Argentarii heres aliquid fecerit, propter quod æquum ſit teneri eum ad editionem, teneri eum nomine proprio, non hereditaria nec tranſmiſſionis iure.* Hæc extant *in Rational. ad d. l. vlt. de edend.* Quaſi verò de tali heredis facto ſomniarit Vlpianus *in d. l. vlt.* Quid enim ſoli Argentarii neque vlli alii eis abſimiles edere rationes coguntur *l. 10. §. 1. de edend.* Atat heres iſte, qui ex ſuo facto quod viuo Argentario fecit, poſt mortem eius ad editionem teneretur, fieri non poteſt, vt non ſuo nomine ad editionem teneretur, quoniam non quà heres, ſed ex ſuo

facto,

facto, quod argentario viuo fecit, teneretur. Iam in quo heres iſte qui non quà heres tenetur, ſimilis argentario? abſimilis eſt & vltra argentarios hæc actio extenderetur ſi ad iſta facta porrigeretur. Quid ergo, ſententia legis hæc eſt, *hanc actionem neque poſt annum, neque in heredem, niſi ex ſuo dolo dari in d. l. vlt.* Nam facti nomine cum delictum intelligatur *l. 52. §. 8. l. 25. §. 1. de Obl. & Act.* ac de nullo delicto agatur in Edicto *de Edendo*, quàm de dolo *l. 8. l. 9. §. 1. de edend.* conuenientiſſimum eſt, *facti* nomine dolus intelligatur *in d. l. vlt. de edend.* eodem ſenſu, quo *in l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. in l. 49. l. 12. De Obl. & Act.* Ita eſt: heres Argentarij in neceſſitatem edendi rationes argentarias ſuccedit, *l. 6. §. 1. l. 9. §. 1. de edend.* non in actionem in factum *de edendo*, qua, commiſſo dolo defunctus cum viueret, tenebatur. Quid tum? heres aut non recuſat edere, & non neceſſaria eſt hæc actio: aut recuſat; iam eo ipſo in dolo conſtituitur, obnoxiuſque huic actioni ex ſuo facto *iuxt. d. l. vlt.* plane vt nullo caſu hæc actio locum habere poſſit adverſus heredem, niſi ex ſuo facto. Ac recte omnino. Heres eiuſdem juris poteſtatiſque eſt, cujus fuit defunctus. Tenebatur defunctus edere. Heres tenetur edere; vbi exigebatur defunctus edere, tunc actio ex hoc Edicto contra eum inſtituebatur, cum dolo malo non edebat. Similiter

vbi exigitur heres rationes edere quà heres, tunc ex hoc Edicto actio in factum contra eum inſtituenda eſt, cum dolo malo non exhibet *l. 8. de edend.* Quid audio: putant iidem eo caſu, quo conuenitur heres ex ea in factum actione, *quæ contra defunctum competiit, nihil ei prodeſt, etiamſi vellet edere, quoniam actio ſemel nata non poſſit tolli actori. Quippe quam alius color non poſſet tollere quàm quòd deſineret intereſſe actoris, cui editio offerretur. Atqui actio illa non intercidit, licet deſierit intereſſe, quia refertur ad id tempus, quo decretum eſt à prætore vt editio fieret & ad id, quod eo tempore interfuit l. 8. §. 1. de edend.* Hæc extant *in Rational. ad d. l. vlt. de edend.* Quæ, incredibile dictu, quam aliena ſint ab ea iuriſprudentia, quam profitemur. Actio hæc ex delicto eſt. Eaque vtut ſemel nata adverſus defunctum, lite non conteſtata, non eſt rata eo mortuo aduerſus eius heredem. Ergo cum morte mortui quid ni actio iſta iſto caſu vtut ſemel nata actori periret & tolleretur? adhuc inſtant, nullo alio colore actionem hanc ſemel aduerſus defunctum natam poſſe tolli, quàm editione ab herede oblata. Sed illum colorem in hoc caſu ceſſare, eo quod actio hæc ex hoc Edicto non intercidat, licet deſierit intereſſe. Quid enim morte mortui extincto delicto extinguitur actio ex eo aduerſus defunctum vtut ſemel nata. Ergo alio colore

colore extingui poteſt, quàm oblata editione. Deinde editio ab herede oblata efficit, vt heres hac actione conueniri haut poſſit. Aut ecquid aliud ab eo exigeretur actione ea, quæ nullo caſu eſt hereditaria? Qui docent heredem poſſe hac actione conueniri nomine defuncti nulla præſuppoſita litis conteſtatione, actionem hanc, quæ ex delicto eſt, & pœnæ nomine concepta, faciunt hereditariam. Quo quid alienius? actione ex hoc Edicto cum defuncto inchoata & beneficio litis conteſtationis perpetuatâ prodeſſe poteſt, ſi heres editionem offerat. Quandoquidem ante rem judicatam is, cum quo actum eſt, ſi ſatisfaciat actori, officio judicis conueniat eum abſoluere, licet in ea cauſa fuiſſet judicii accipiendi tempore, vt damnari deberet §. *fin. Inſt. de perpet. & temp. act.* Quantò magis prodeſſet heredi, ſi vellet edere rationes, quas defunctus noluerat edere. Scilicet actio illa quæ contra defunctum competiit, *non intercidit, licet deſierit intereſſe actoris, quia referatur ad id tempus, quo decretum eſt à prætore, vt editio fieret l. 8. de edend.* Quaſi verò heres ex dolo defuncti ad id, quod eo tempore interfuit, quo defunctus edictionem recuſarat, teneri poſſit lite cum defuncto, antequam moreretur, non conteſtata? Quinimo hereditaria foret hæc actio ſi cum defuncto non intercideret ea

caſu,

caſu, quo per litis conteſtationem perpetuata non eſt. Atqui de hoc caſu loquuntur, & ſine miraculo malè, qui omnia ferè iſta intellexerunt tam malè. Aut quæ doctrina eſt; actionem hanc competere poſt illud tempus, quo decretum eſt à prætore, vt editio fieret? Quaſi verò actio hæc non competat ad eum finem, vt judex decernat editionem eſſe faciendam ſi poſſit fieri, ſin minùs præſtandum id, quod actoris interfuit tempore eo, quo ſententia pronuntiatur *l. 8. §. 1. de edend.* In contrarium docent Edictum hoc, qua parte coërcet eum, qui juſſus edere noluit parere prætori, pœnale eſſe *Vid. Rational. ad l. 8. §. 1. de edend.* Quaſi verò admittendus eſſet Reus ad exercendã hanc actionem, qui jam ſemel juſſus ſit edere. Sciunt Pragmatici à ſententia non eſſe incipiendum judicium. Decretũ, quo Reus primum juberetur edere, eſſet quædam ſententia. Plane vt ſi poſt illud decretum actio hæc demum admitteretur, poſt ſententiam admitteretur. Quo quid alienius? In genere *Edicto* comprehenſum eſt; *Argentariæ menſæ exercitores rationem, quæ ad ſe pertinet, edant adiecto die & conſule.* non conſequitur, aduerſarium meum in jus voco actione ad edendas rationes contra eum inſtituta. Ergo in ſpecie juſſus eſt à prætore edere. Quinimo publicum prætoris *Edictum*, inter Edi-

cta

cta prætoria quod publicè propoſitum eſt, diſtinguendum ab eo iuſſu, qui expeditur in ſpecie per pronuntiationem ſententiæ, qua Reus ad editionem faciendam vel condemnatur, vel ab ea facienda abſoluitur. Tum actio hæc non eſt pœnæ, ſed rei perſecutoria, quia editionem rationum perſequitur, & id quod intereſt *l. 8. de edend.* eſt verò pœnalis, quoniam pœnæ nomine concepta ſit ad puniendum dolum, edere recuſantis rationes, quas tenetur edere, *vid. ſupr. & l. 8. de edend.* Quod iterum enuntiare operepretium, vt intelligant nimis remotè allegari *in Rational. ad d. l. 8.* nullam eſſe aliam rationem condemnandi argentarij in id, quod intereſt actoris, niſi, quod non ſatisfecerit Edicto. *Quanam*, inquiunt, *alia vel promiſſio vel obligatio ſuberat, aut edendi, aut præſtandi id, quod intereſſet.* Ac ſi diceres, actio furti manifeſti ex Edicto prætoris proficiſcitur *in princ. Inſt. de perpet. & temp. act.* Ergo nulla alia obligatio, aut ratio ſubeſt condemnandi furis manifeſti in quadruplum; niſi quod non ſatisfecerit Edicto. Primùm nimis remotè hæc docentur, aut quæ non actiones tam ex contractibus quam ex delictis competere judicarentur ex ea cauſa, quod legi vel Edicto à Reo non ſit ſatisfactum. Quid enim ex furto obligatus eſt fur manifeſtus; ex do-

ex dolo nata eſt obligatio illa, ex qua producitur actio iſta de edendis Argentarii rationibus. *l. 8. de edend.* Ergo alia eſt ratio condemnandi argentarii, ac quidem petenda etiam *ex l. 4. §. 1. de edend.* vt proprior attendatur origo, propiorque cauſa, ob quam argentarius tenetur ad edendum aut præſtandum id, quod intereſt, *conf. l. 10. §. 1. de edend.* Nondum ſatis: tollere laborant iidem *ex l. 10. §. 1. de edend.* verba iſta *abſimiles eis.* Mouentur, quod Edictum de ſolis argentariis conceptum ſit, non de iis, quorum officium ab eorum officio non ſit abſimile. Quaſi verò Edictum nummularios excludat. Verba Edicti ſunt hæc: *argentariæ menſæ exercitores rationem, quæ ad ſe pertinet, edant adiecto die & conſule l. 4. de edend.* Enimuerò ne ii, quorũ officium ſimile eſt, excluderentur, ita locutus eſt Prætor, non ſolâ Argentariorum voce vſus, ſed exercitorum menſæ argentariæ. Suam menſam exercent Argentarii; ſuam nummularii *l. 1. §. 9. l. 2. de offic. præfect. vrb.* ſuas vtrique rationes conficiunt; ſuam fidẽ habent eorum codices non ſine publica officii & miniſterii figura *l. 10. §. 1. de edend.* Aut etiam eſto; vt expreſſè nominati non ſint in *Edicto* nummularii, adhuc prudentes Edictũ qui interpretati ſunt, rectè id ad nummularios extendiſſe dicendum eſt; cum vbi eadem ſit ratio, idem jus eſſe debeat *arg. l. 32.*

in princ. ad l. Aquil. tum maxime, quod ſcire leges, non hoc ſit verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem *l. 17. de legib.* neque jus conſtare poſſit, niſi ſit aliquis juriſperitus, per quem poſſit quotidie in melius produci *l. 2. §. 13. de Orig. Iur.*

CAP. XIV.

De litis conteſtatione; per eam actiones ex delicto pœnales ad heredes tranſmitti ab vtraque parte explicatis l. 33. de Obl. & Act. l. 57. de judic.

OMnium actionum inſtituendarũ principium ab ea parte Edicti proficiſcitur, qua prætor edicit, *de in jus vocando.* Vtique enim in primis aduerſarius in jus vocandus eſt, id eſt, ad eum, qui jus dicturus ſit. Quâ parte prætor parentibus & patronis, item parentibus, liberiſque patronorum & patronarum hunc præſtat honorem, vt non aliter liceat liberis, libertiſque eos in jus vocare, quàm ſi ab ipſo prætore, poſtulauerint & impetrauerint, & ſi quis aliter vocauerit; in eum pœnam ſolidorum quinquaginta conſtituit. §. *3. Inſt. de pœn. tem. litig.* Locus, ex quo conuellitur clariſſimè opinio eorum, qui ſuſpicantur *in Ratinal. ad l. 25. lit. D. in fin.* pœnalem hanc actionem eſſe generalem, & vltra parentes, patronos eorum parentes & liberos

liberos extendendam eſſe ad totum iſtud Edictum, quo prætor edixit *de in jus vocando.* Quidenim in ceteris ceſſat honor ſimilis; ceſſat etiam jus veniam poſtulandi & impetrandi ſimile. Adeòque omnia in quibus actio hæc conſiſtit. Sed tractata jam ante hæc quæſtio eſt & deciſa; ſi placet, de litis conteſtatione eiuſque effectu quædam nunc porro diſcutiamus. In jus vocatio eſt principium actionis inſtituendæ ſecundum Imperatorem *in* D. §. *3. Inſt. de pœn. tem. litig.* principium inquam præparans litem *fac. l. 7. de inoff. teſt. l. 7. de judic. l. 33. de obl. & Act.* aut potius præparare incipiens, cum litis præparationem perficere cenſeri poſſit actionis editio vel dictatæ, vel dato libello comprehenſæ vel in Albo demonſtratæ *l. 1.* §. *1. de edend. l. 33. de judic.* Denuntiatio autem, vel libelli ſupplicis datio, quæ in jus vocationem præceſſerit, judicii inſtituendi comminationes ſunt, non principia talia, à quibus placuerit, principium haberet actio, quæ inſtituenda D. §. *3. de pœn. tem. litig. l. 15. de in jus voc. l. 7. de Inoff. teſt.* nedum litem vt præpararent, quæ, ſine lite vt ſatisfactio fiat aut tranſactio, ſoleant denuntiare. Quid ergo? litis facta præparatione, ſequitur litis conteſtatio, quæ eſt initium judicium poſtulare incipiens, illud inchoando, quoties actionem adſpicimus nondum plenè inſtitutam. Cum actio plenè

inſtituta

inſtituta eſt, judicij inſtituti initium eſt litis conteſtatio; aliàs actionis inſtitui cœptæ initium eſt. Vnde in facto conſiſtit, an apud prætorem lis conteſtari conſueuerit, an verò apud judicem datum. Semper quidem vt apud prætorem incipiendum erat judicium, ita etiam litiſconteſtatio ſemper inchoanda. Quid ita? aut citra narrationem cauſæ exponebatur juſdicenti, ab vtraque parte de judice ſumendo conueniſſe, eumque vt daret litigatoribus conſentientibus interpoſita rogatione. Aut actor plenè deſideiro ſuo expoſito, obtinebat aliquando judicem, in quem Reus ſiue contradictione ſua obiecta ſiue dilata nondum conſenſerat, aut plena narratio & contradictio vtrimque interceſſit, etiam judice accepto. Illo caſu judice vtut accepto, litis conteſtationi initium datum agnoſcitur, non ea perfectio, ex qua cognoſcitur, quæque porro apud judicem datum eo caſu imponenda ſit. Hoc caſu incepit itidem litis conteſtatio, minuſque adhuc perfecta eſt, ideoque apud judicem datum itidem perficienda & conſummanda. Summatim cum quæritur, apud prætorem, an apud judicem datum litis conteſtatio fieret; dicemus rectè apud prætorem eam ad dandum judicem oportuiſſe inchoari præparationis loco: apud judicem datum reperi conſueuiſſe & perfici. Etiam tunc, cum

plenè narrata fuerit cauſa apud prætorem, plenaque contradictione audita. Poſteaquam ſummaria iſta expoſitio haberetur & magis neceſſaria ad obtinendum vel denegandum judicem, quàm ad litis omnia merita in judicium perfectè deducenda vt eſſet ſeria deductio. Aut ſaltem hoc modo quid ni res hæc alioqui controuerſa conciliaretur? vera eſt Feſti ſententia, *cum ordinato judicio vtraque pars dicebat adſtantibus, teſtes eſtote, tum litem fuiſſe hac formula conteſtatam atque dehinc vtrumque litigatorem ſibi denuntiaſſe in perendinum diem*, *vid.* Iohan. Roſin. *num. 9. Antiq. Rom. 15.* Sed enim ita ordinatum judicium ecquid fuit aliud, quàm judicij apud juſdicentem conſtituti, & apud deſignatum judicem inſtituendi conteſtata, ſeu quod idem eſt, poſt mutuum jurgium mutua teſtatione confirmata inchoatio. Igitur, qui hinc litis conteſtationem deſumunt, primordium eius intuentur. Qui apud judicem datum eam fieri ſolitam judicant, cum per narrationem negotij & reſponſionem cauſam audire cœperit *iuxt. l. 1. C. de Litiſcont.* Finem, eiuſque perfectionem conſiderant. Traditio vel ideo vtilis; ne ignoremus vtrum tradatur bene: Conſtitutionibus, quibus oſtenditur heredes pœna non teneri, ſi defunctus, cui ſucceſſerunt, viuus conuentus fuerat, etiam pœnæ perſecutio-

cutionem aduerſus eos tranſmiſſam videri, quaſi lite conteſtata cum mortuo *iuxt. l. 33. de Obl. & Act.* Dicimus autem omnino rectè id tradi; Quid ita? vniuſcuiuſque rei potiſſima pars principium eſt *l. 1. de Orig. Iur.* conuentio viui apud juſdicentem erat principium litis conteſtationis, vnde lis conteſtanda & judicium accipiendum talis conuentio mihi paſſim videtur appellari *conf. l. 3. de Reb. Cred.* Cui proinde haud miror eundem effectum à Paulo attribui *in d. l. 33. de Obl.* qui aliàs integræ litis conteſtationi attribui ſolet, nimirum vt actiones pœnales in heredem ſimileſque perſonas tranſmittat *l. 58. de Obl. & Act.* Nam & eo ſenſu Vlpianus omnes pœnales actiones ſcripſit poſt litem inchoatam & ad heredes tranſire. *l. 26. de Obl. & Act.* Lis inchoatur conuento apud juſdicentem Reo, perficitur accepto judicio *fac. l. 164. de Reg. Iur.* conſummatur, vbi plenè apud judicem datum cauſa per narrationem & reſponſionem fuerit audita *l. 1. C. de Litiſconteſt.* Idque cum ita ſit, intelligimus, ſi is cui ſucceſſum eſt, viuus conuentus fuerit, etiam aduerſus eius heredes eo ipſo pœnæ perſecutionem tranſmiſſam cenſeri, quaſi lite conteſtata cum mortuo, dum viuebat *iuxt. d. l. 33. de Obl. & Act.* Propter inchoationem litis, quæ cum viuo facta fuerat, antequam moreretur.

Tantum abeſt, vt probare poſſimus lectionem Haloandri; ac ſi ſcribere debuiſſet Paulus; *tranſmiſſam non videri.* Quid enim? damnamus hanc lectionem, ſiue ſequentia legantur, prout extant, *quaſi lite conteſtata cum mortuo,* ſiue, prout alij malunt, *quaſi lite non conteſtata cum mortuo.* Poſteaquam eâ admiſsâ conuentio Rei viui apud juſdicentem nihil operaretur *in d. l. 33.* ſi pœnæ perſecutio propter talem litis inchoationem in heredes non tranſmitteretur. Atqui cum viuis conuentus fuit, jam lis inchoata fuit, & per conſequens cœpta conteſtari. Hoc autem ad actionem pœnalem in heredem tranſmittendam ſufficit *l. 26. de Obl. & Act.* Quæ quoque ratio deſtruit opinionem Antonij Auguſtini *1. emend. 2.* ſuadentis tutiùs fore, vt legatur *in d. l. 33.* quaſi *lite conteſtata eo mortuo.* Quinimo lis inchoata fuit eo viuo, *juxt. d. l. 33.* & per conſequens, ſi effectum ſpectamus, conteſtata, quoniam conteſtari cœpta, ne aliàs obloquamur Gaio, dum ſtatuit cujuſque rei potiſſimam partem eſſe principium *l. 1. de Orig. Iur.* aut etiam Marciano, dum admittit pœnas ab heredibus peti poſſe, ſi eſt quæſtio mota viuo eo, qui deliquit, & hoc ſicut in cæteris pœnis, ita & in vectigalibus eſſe *l. 16. §. 13. De public. & vect.* Quæſtio autem mota dicitur, cum apud juſdicentem lis cœperit inchoari conuento Reo.

Sanè

Sanè hujuſcemodi inchoatio quæſtionis, litis, vel controuerſiæ tranſmittit pœnæ perſecutionem aduerſus heredes ejus, qui deliquit, non item ſi controuerſia mota fuerit extra judicium, veluti cum quis interpellatur lite nondum conteſtari cœpta *l. 25. §. 7. De hered. petit.* aut ex qualibet mora actiones tranſmitterentur. Quod ipſum quò minùs fieri poſſit, defectus negotij quaſi contracti ex tali mora impedierit facilè. Contra quam ſcimus in judicio quaſi contrahi litem conteſtando, & judicati obligationem ſuſcipiẽdo *l. 3. §. 11. De pecul.* Vnde porro fiat, vt tranſmiſſio iſta ceu ex qua ſi contractu aduerſus heredes admittatur. Neque obſtat *l. 6. §. fin. l. 7. De inoffic. teſt.* Quandoquidem iſthîc agatur de querela Inofficioſi teſtamenti tranſmittenda ad ſuum heredem *vid. d. l. 6. §. fin.* Noſtra verò hæc diſputatio eſt, vtrum actio ex delicto per extrajudicialem comminationem vel interpellationem aduerſus heredes eius, qui deliquit, continuetur. Id, quod longè aliud eſt. Agnoſcitur teſtamentum, quod non impugnatur. *Fac. l. vlt. De inoffic. teſt.* Proinde defunctus, cui querela Inofficioſi aliàs poſſet eſſe vtilis, ſi nullam controuerſiam hæredi ſcripto mouerit, quid dicemus an non vltimam voluntatem eo ſuo ſilentio agnouiſſe? deinde ſi agnouerit, an tranſmiſiſſe querelam ad ſuum heredem?

 nequa-

nequaquam. Heredibus filij præteriti vel exheredatati datur: ſuis quidem ſemper, ſed extraneis non niſi præparata *l. ſi quis filium l. ſcimus in fin. C. de Inoffic. teſtament.* ſi non judicialiter, ſaltem extraiudicialiter facta denuntiatione, vel libello dato *l. 7. d. tit.* Aliter quàm actio iniuriarum, quæ heredibus non datur *§. 1. Inſtit. de perpet. & temp. action.* Vtut extraiudicialiter à defuncto fuerit præparata. Quò fit, vt actio Inofficioſi poſt cœptam controuerſiam vel extraiudicialem in bonis noſtris computetur, aut aliàs heredi noſtro niſi præparata non poſſet competere. Scio, non ita ſenſiſſe Cuiacium *17. obſ. 17.* ſed velle, ſicut iniuriarum actionem ita & querelam inofficioſi in bonis noſtris non computari ante litem conteſtatam. Quid ni liceret contradicere? mouetur *l. 1. §. 8. Si quid in fraud. patron.* in qua litis conteſtationis nulla mentio, nulla querelæ præparatæ. Ita eſt: libertus ibi noluit queri. Quid tum? eo ipſo & ſibi inſidiatus eſt *fac. l. 1. §. 23. de dot. coll. l. 45. de R. jur.* nihil in fraudem patroni fecit. Neque hæc de litis conteſtatione ſilere lubuit. At enim Filiusfamilias ſi quaſi procurator alicuius litem conteſtatus fuerit, mortuo eo in eum, quem defenderit, tranſactio vel vel judicati datur *l. 57. de judic.* ac ſi ſcripſiſſet Vlpianus; alterutrum ab eo,

qui

qui defenſus eſt, non poſſe euitari. Nempe tranſactio ſi fuerit ab eo impetrata ſuſceptaque, immunem eum fore ab actione judicati. Sin tranſigere vel ille vel aduerſarius recuſarit, actionem judicati aduerſus eum dandam eſſe. Nec hoc obſcurum eſt. Difficilius dictu eſt, ſi iſta ſententia minùs arrideat, quid ſit hoc loco *Tranſactio.* Putem autem, cum dubium eſt, vtrum is, qui defenſus fuit, filiofam. quaſi procuratori ſuo mandatum dederit, deficiente probatione, *Tranſactioni*, hoc eſt, deciſioni jurejurando confirmandæ rem iſtam committendam & finiendam eſſe, *argument. l. 2. l. 31. in fin. De Iurejurand. l. 22. §. 4. de Noxal. Action.* Aut poſt pronuntiatam ſententiam judicati actionem contra eum exercendam. Poſteaquam manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis ſit, nolle nec jurare, nec juſiurandum referre *l. 38. de Iurejurand.* Quòd ſi autem exacto jurejurando apparuerit, filiumfam. obtuliſſe ſe liti, citraque mandatum defendiſſe, neque te ea comprobaſſe, quæ te inuito acta ſunt, nihil certius, quàm facto iſto alieno, tibi non potuiſſe præjudicari *l. 27. de Procur. l. 4. de Re Iudic.* Sin citra juſiurandũ vel ex jurejurando apparuerit, ex mandato acta eſſe, quæ à filiof. acta fuerint, quid ni *tranſactionis* verbum propriè ſumeremus *in d. l. 57.*

Qui tranſigit, quaſi de re dubia & lite incerta, neque finita tranſigit *l.1. de Tranſact.* Vt ſit ſenſus, poſt litem à filiofam. procuratorio nomine conteſtatam, mortuo eo, in eum quem defenderit, vel tranſactionem, ſi quæ mandato ſpeciali poſt litem conteſtatam à filiofam. fuerit inita, vel actionem judicati, ſi ſententiâ ſuâ rem omnem judex definierit, transferendam eſſe. Enimuerò vt judicantis eſt cognoſcere de mutatione procuratoris *l. 27. De procur.* ita quoque procuratore mortuo dirigere omnia contra eum, cujus mandatu acta ſunt *iuxt. d. l. 57. l. 4. De Re jud.* omnia finiendæ liti neceſſaria, ſiue extrajudicialia, ſiue judicialia. Non omnia iſta aduerſus eum dirigunt Donellus *17. Comm. 26.* Petr. Faber *1. Semeſtr. 12.* Ant. Faber *1. Iuriſprud. 8. princ. 6. illat. 6.* Hotoman. *7. obſ. 20.* & Haloander; dum omiſſo *tranſactionis* verbo legunt *tranſlatio iudicij datur* vel *transfertur actio iudicati.* Quò & recidit explicatio Hillegeri *17. Donell. Enucl. 26.* accipientis tranſactioné pro proſecutione & terminatione judicij à procuratore litis conteſtatione cœpti, vt ſit ſenſus; ſi quaſi procurator alicujus filiusfamilias judicium acceperit, eo mortuo in eum, quem defenderit, accepti judicij proſecutionem vel judicati actionem dari.

Cap. XV.

Sepulchri violati actionem eam, quæ non popularis, heredi competere, non aduerſus heredem.

Actio iniuriarum in bonis noſtris non computatur, antequam litem conteſtemur *l. 28. de iniur.* Idemque iuris eſt in actionibus popularibus *l. 32. ad l. falcid. l. 12. de V. Sign.* Sed quæritur; vtrum actio *ſepulchri violati* ea, quæ non popularis, veluti quæ ei competit, cuius priuatim intereſt *juxt. l. 3. in princ. de ſepulch. viol.* Heredi eius competat. Quæſtio non inutilis hoc loco, quæ ſciatur. Enimuerò ſi heredi competat, etiam nulla cum defuncto lite conteſtata, ferè cenſeas actionem hanc in defuncti bonis quaſi fuerit, cenſeri oportere, eoque intuitu in bonis actoris eſſe. In contrarium, ſi ante litem conteſtatam non ſit in bonis noſtris, vix fieri poſſe, vt heredi noſtro detur, litem nos, cum viueremus, ſi non fuerimus conteſtati. Quid ergo? Actionem ſepulchri violati, quatenus priuatam perſonam reſpicit, ad quam ſepulchri jus pertineat, etiam lite cum defuncto non conteſtata heredi eius competere docent non ignobiles Authores *vid.* Gloſs. *2. &* Aliciat. *num. 3. ad l. 12. de V. Sign.* Fr. Caldas *ad l. vnic. C. ex*

del. defunct. part. 3. num. 15. Quibus & ego acceſſerim non illubens. Ita eſt, iniuria, ſi quæ facta fuerit, æſtimatur quoque in iſta ſepulchri violati actione *l. 3. §. 8. de ſepulch. viol.* non tamen eſt actio iniuriæ, ſed in factum *l. 3. in princ. ſepulch. viol.* aliamque & talem vindictam perſequens *d. l. 3. §. 8.* quæ heredi non negetur *l. 10. d. tit. l. 20. in fin. de Acq. vel omitt. her.* Aliter quàm actio ſepulchri violati ea, quæ popularis *l. 3. §. 12. de ſepulch. viol.* de qua videtur intelligendus Th. Marcilius *in not. ad Inſt. tit. de perpet. & temp. action.* cum docet actionem ſepulchri violati non dari heredi. Ac quidem minùs rectè. Si quidem actio popularis citra litem cum defuncto conteſtatam heredi quà heredi non detur, aliàs perſona non negetur, ceu cuiuis ex populo *fac. l. 5. §. 13. de his qui effud. vel deiec.* aut ſaltem ita nobis videtur, etiam hac in re poſtpoſito diligenti illo Ioh. Stuckio *part. 2. exerc. decad. 7. aſſert. 9. lit. c.* rectiùs docente Oldendorpio *Claſſ. 6. act. 20. n. 4.* Ad cætera quod attinet, naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus, in quẽ infertur *l. 4. de Relig. & ſumpt. fun.* Naturaliter, inquam, id eſt, ſine vllo dominij effectu, quod ad heredem ſuum poſſit tranſmittere. Vnde non miror, cur heres ſepulchri violati agendo non intelligatur bonis defuncti ſe miſcuiſſe *iuxt. l. 10. de Sep. viol. l. 20. §. fin. de*

Acq. vel

Acq. vel om. hered. Quid enim hæc actio etſi per hereditatem obtigit, & ex bonis defuncti reſultet, nihil tamen ciuiliter capitur ex defuncti voluntate, aut eius hereditate *d. l. 10. d. l. 20. §. fin.* Quandoquidem per eam id non capiatur, quod in rei peſecutione (veluti quod heredi abeſt ex defuncti patrimonio *l. 35. de Obl. & Act.*) ſed in ſola vindicta ſit conſtitutum *d. l. 10. l. 6. in fin. de ſepulch. viol.* ciuiliter nullius in bonis exiſtente ſepulchro, vtpote loco religioſo *§. 7. Inſt. de Rer. diuiſ.* Tantum abeſt, vt hæc actio aduerſus heredem eius, qui ſepulchrum violauit, inſtitui poſſit. Actiones merè pœnales aduerſus heredes ne quidem in quantum ad eos peruenit, dantur, *vid. ſupr. libr. 1. c. 14.* Merè pœnalis hæc actio eſt, quoniam ad ſolam perſequendam vindictam comparata ſit; non ad rem familiarem, quæ ſibi abſit *l. 6. l. 10. de ſepulchr. viol.* etiam tunc cum pecuniaria pœna infligitur, nulla corporalis *vid. l. 9. de ſepulch. viol.*

Cap.

CAP. XVI.

Actionem funerariam heredi, & in heredem competere: non item interdictum de mortuo inferendo: aut actionem eam, qua competit prohibito mortuum inferre in locum ſuum.

ACtio funeraria ex bono & æquo oritur *l. 14. §. 6. de Religioſ.* vt pro dignitate, & non de alieno funerentur, & inſepulta non relinquantur corpora *l. 12. §. 3. d. tit.* daturque ei, qui funerauit, ad recipiendos ſumptus, quos in funus fecit; aduerſus eos, ad quos funus pertinet, veluti heredes, bonorum poſſeſſores, cæteroſque ſucceſſores *d. l. 14. §. 17. De Relig.* Ac adeò quoniam is, qui propter funus aliquid impenderit, cum defuncto contrahere credatur, etſi non cum herede *l. 1. d. tit.* expeditum eſt, quare ſit rei perſecutoria, perpetua, heredi, cæteriſque ſucceſſoribus non ſolùm competens, ſed etiam aduerſus heredes & ſucceſſores *iuxt. l. 12. §. 4. l. 31. §. 2. l. 46. in princ. & §. 2. De Relig.* Vtpote ex quaſi contractu, cum defuncto qui initus fingatur, ideoque heredem in ſolidum teneri pluſquam æquum ſit *vid. ſupr. lib. 1. cap. 11.* Regula, quæ etiam locum habet in actione illa, quæ aduerſus heredem eius datur, qui religioſum locum pro

puro vendidit *l. 8. §. 1. De Religioſ.* Sed quæſtionis eſt, vtrum actio illa in factum, quæ datur aduerſus eum, qui prohibuit inferre mortuum in eum locum, quò jus inferendi eſt, *iuxt. d. l. 8. §. vlt. De Religioſ.* ſimiliter competat aduerſus heredem eius, qui prohibuit. Igitur hoc vt ſciatur, ſciendum eſt ei, qui prohibetur mortuum oſſaue mortui inferre, liberum eſſe aut ſtatim interdicto vti, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre, & poſtea in factum agere, per quam conſequatur quanti ſua interfuerit prohibitum non eſſe: in quam computationem cadit loci empti pretium, aut conducti merces, item ſui loci pretium, quem niſi coactus, religioſum facturus non eſſet *l. 9. De Relig.* Iam verò interdictum de mortuo inferendo quid dicemus an ex delicto deſcendere, heredi dari, non in heredem? Scio, ita nobis reliquiſſe Arnoldum ab Haerſolte in *Aduerſar. Act. hoc tit. de mortu inf.* cui hac in re non adſentio. Quid ita? Interdictum hoc heredibus quidem competit, ſiquidem vnicè juſtum, vt eum ſepeliant, cui ſuccedunt. Interim Interdictum hoc aut nomine defuncti ceu poſſeſſoris eius loci, in quem inferendus eſt, exercetur *arg. l. 1: de Religioſ.* non nomine heredis, aut ſi locū in heredis inferendus eſt, interdictum hoc heredi competit non quà heredi ſed quà poſſeſſori vel quaſi.

quaſi. Planè in heredem non datur eadem ex ratione, qua interdictum *ne vis fiat* conſ. *l.1.in princ. & §.5. de mortu. infer. l.1.§.8.D. ne vis fiat ei, l.1. in princ. de vi & arm.* Quòd ſi autem omiſſo interdicto experiri lubeat magis, mortuo aliò illato actione in factum ad conſequendum id quod ſua interfuit *iuxt. d.l.9. de Relig.* alia juris ratio ſubit, & conſideranda eſt. Quid? hæc actio non reſiſtit prohibitioni, ſed illatum damnum perſequitur *d.l.9.* Vnde miratur Gaius, *quare conſtare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem*, poſteaquam, vt apparet, pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducatur *vid. d.l.9. de Religioſ.* Ratio dubitandi, quæ integram deciſionem impugnat. Ac ſi diceret. Actio injuriarum & quæ ei ſimilis, heredi non datur *§.1. Inſtit. de perpet. & temp. act.* Hæc non eſt ei ſimilis, quandoquidem pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducatur, nulla verò vllius perſonæ illatæ injuriæ æſtimatio *d.l.9.* ſicuti in actione injuriarum. Ratio, ex qua porro decidit, perpetuò hanc actionem inter ipſos competere *d.l.9.* inter ipſos, id eſt, eum, qui prohibitus eſt inferre, & eum, qui prohibuit. Perpetuò, propter pecuniariæ quantitatis rationem, aliter quàm fit in actione injuriarum. Perpetuò, vt ſciremus eam heredi dari & contra heredem de eo, quod perue-

peruenit *fac. l.35. de Obl. & Act.* Quid ita? Prætoria eſt hæc actio *d.l.9. de Religioſ.* Prætoriæ autem actiones plerumque intra annum viuunt, ſed perpetuò dantur ex illis illæ, quæ bonorum poſſeſſori cæteriſque, qui heredis loco ſunt, adcommodantur, *in princ. Inſt. de perp. & temp. act.* Iam verò hæc in factum actio, quia talis ſit, quæ perpetuò detur, fieri non poteſt, vt non & heredi competere eo ipſo intelligatur. Deinde merè rei perſecutoria eſt hæc actio, vtpote qua actor perſequatur id, quod intereſt quà abeſt *d. l. 9. de Religioſ.* nihil loco pœnæ *vid. ſupr. libr. 1. cap. 18.* item *libr. 2. cap. 12.* Atat tales actiones ex delicto, quæ rei perſecutionem habent, etiam poſt annum: etiam contra heredem & bonorum poſſeſſorem debitoris noſtri dantur *juxt. l. 35. de Oblig. & Act.* Non quidem in ſolidum, ſed perpetuò, hoc eſt, ad finem ex conſtitutionibus introductum eo modo, quo pro natura, quam habent, & ſolent & poſſunt competere, nimirum de eo, quod peruenit, *vid. ſupr. libr. 1. cap. 13.* aliter quàm ſi ex contractu vel quaſi orirentur. Quid ergo? Deciſio Gaij primùm ab injuriarum actione ſeparat hanc actionem *in d. l. 9. de Religioſ.* Ne ignoraremus actionem hanc heredi competere. Poſtea merè quoque rei perſecutoriam eſſe hanc actio-

actionem definit, quando ait id, quod intereſt, ſeu pecuniariæ quantitatis rationem, in eam deduci, vt intelligeremus non iniuſtè miratum fuiſſe Gaium *quare conſtare videretur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem juxt. d. l. 9. de Religioſ.* Quid enim, modeſtè miratus Gaius, *quare conſtare videretur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem*, modeſtè contrarium decidit, nimirum & heredi & in heredem more actionum ex delicto merè rei perſecutoriarum hanc actionem competere, vtpote in quam pecuniariæ quantitatis ratio deducatur. Ac ſi diceret. In actionibus ex delicto merè rei perſecutorijs habetur ratio pecuniariæ quantitatis, quæ ad heredem peruenerit, nihil vltra vt ab eo poſſit exigi. Ita idem obſeruari in hac actione non immeritò, maximè cum citra dubitationem ſit perpetua *juxt. d. l. 9. de Relig. & ſumpt. fun. l. 35. de Obl. & Act.* Sanè aliter juris ratio non conſtat. Aut ſaltem ita judico, miratus cum Gaio, adſpecta opinione Iuſti Meieri *ad pandect. tit. de Religioſ. & ſumpt.* docentis actionem quidem hanc perpetuam eſſe, ſed quamuis pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducatur, tamen neque heredi, neque in heredem eam dari *in d. l. 9. de Religioſ.* non aliter ac ſi iniuriarum actioni per omnia ſimilis foret. In quo ſuffragari viro doctiſſimo haut poſſim,
obſer-

obſeruatâ actionis ex delicto merè rei perſecutoriæ naturâ, quam habeat hæc actio *vid. ſupr. hoc cap.* ad morem actionis in factum Interdicto *vnde vi* ſubſtitutæ *vid. l. 1. in princ. & §. vlt. l. 2. & 3. de vi & vi arm.* Sicuti hæc ſubſidiaria eſt poſt Interdictum *de mortuo inferendo juxt. d. l. 9. de Religioſ. l. 1. in princ. & §. 5. de mortu. inferend.*

Cap. XVII.

Actiones, quæ competunt effuſis & deiectis, item quæ pertinent ad vindicandam iniuriam, irreuerentiam, ingratitudinem & calumniam ex qua ratione heredibus non dentur.

Actiones populares nec heredibus nec contra heredes dari ferè communi opinione receptum videtur *vid.* Bart. *num. 4. in l. vnic. C. ex del. defunct.* Franc. Caldas *ad eand. l. vnic. part. 3. num. 15.* Aliter & cautiùs locuti ſunt prudentes. Sic enim Vlpianus: *omnes populares actiones neque in heredes neque ſupra annum extenduntur l. vlt. de pop. action.* Sudiosè omiſit, *neque heredibus* an non vt intelligeremus heredibus eas non prorſus negari? Certè eò reſpexiſſe idem Vlpianus videtur, quando ait: *iſta actio popularis eſt & heredi ſimilibuſque competit, in heredes*

 autem

autem non competit l. 5. §. vlt. de his qui effud. vel deiec. Actiones populares heredi quà heredi non competunt; heredi ceu cuiuis ex populo non denegantur *iuxt. d. l. 5. §. vlt. De his qui effud. vid. ſupr. cap. 15.* Neque reſiſtit *l. 5. §. 5. d. tit. De his qui effud.* in qua idem Vlpianus; *hæc autem actio*, inquit, *quæ competit effuſis & deiectis perpetua eſt & heredi competit. In heredem verò non datur. Quæ autem de eo, quod liber periſſe dicitur, intra annum duntaxat competit, neque in heredem, ſed nec heredi ſimilibuſque perſonis. Nam eſt pœnalis & popularis.* Ratio, quæ intelligenda, ac ſi diceret: in heredem non datur, quia eſt pœnalis *l. 13. De ſeru. corr.* & popularis *l. vlt. De pop. act.* ſed nec heredi, quia pœnalis eo ſenſu, quo actio injuriarum, aut talis alia, quæ hac in re actioni injuriarum ſimilis *arg. l. 24. De in jus voc. §. 1.* ibi *ſi qua alia ſimilis Inſtit. De perpet. & temp. act.*. Quid ita? cum homo liber perit, damni æſtimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis æſtimatio fieri poteſt, ſed quinquaginta aureorum condemnatio fit *l. 1. §. 5. De his qui effud.* pro mera pœna. *Actiones merè pœnales heredibus competunt nec denegantur excepta injuriarum actione & ſi qua alia ſimilis inueniatur §. 1. Inſtit. De perpet. & temp.* Hæc actio de eo, quod homo liber periſſe dicitur, in eo, quòd heredi non detur,

actioni

actioni injuriarum eſt ſimilis, ſicuti & actio illa, de qua agitur *in l. 24. De in jus voc.* item *in l. 7. C. De Reuoc. donat.* Quamuis adduci haud poſſim, vt credam illic verbum *vindicationis* explicandum eſſe per verbum vindictæ & vltionis, quod facit Cuiacius *4. obſervat. 19.* Repugnat natura actionis, de qua agitur *in d. l. 7.* ac adeò ipſis verbis quid clarius? Mater, quæ reuocat ab ingrato filio, quod ei donauit, in effectu vindicat, ceu non donâſſet. Atque eò reſpexêre Impp. *in d. l. 7.* dum reſcribunt, actionem matris ita perſonalem eſſe, vt vindicationis tantùm habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi. Viden? opponunt actionem perſonalem rei vindicationi. Tum vt exprimerent non vulgariter actionem iſtam, de qua agunt, perſonalem eſſe, voluere eam ita perſonalem eſſe, vt nec heredi, nec in heredem detur, ita perſonalem; vt non ſit vindicatio, ſed eius effectum habeat duntaxat. Effectus, qui in eo relucet, quòd ſicuti dominus vindicat, quod poſſeſſor habet, & non plus, ita mater ab ingrato filio non plus reuocet, quàm eo tempore, quo ingratum eum arguit, poſſidet, *d. l. 7.* vt non dicam ſi ita perſonalis foret, vt, vindictæ tantummodo effectum haberet, inde ſumi argumentum poſſe, ac ſi quoad cætera eſſet rea-

 lis.

lis. Actio, quæ meram vindictam petit, nec heredi datur, nec in heredem. Sententia, quam pro ratione adferunt Theod. Marcilius *in not. Inſt. Ad tit. perp. & temp. act.* ac alij, cur actio iniuriarum heredi non detur. Quaſi verò actiones ex delicto merè pœnales, quæ plerunque heredibus non negantur *d.* §. *1. Inſt. de perp. & temp. act.* Vindictâ magis careant. Vera ratio eſt, quòd actio iniuriarum, &, ſi quæ alia ei hac in re ſimilis, perſequatur contumeliam inuſtam inhærentemque perſonæ, quæ eam paſſa, ideoque eâ moriente & ipſam contumeliam mori neceſſe ſit *arg. l. 2. de vſufruct. quemadm.* vt vſusfructus, & id quod in dies, menſes, annoſue ſingulos alicui quoad viuat, debetur *l. 32. Ad. l. falcid. d. l. 2. de vſufr.* Furtum, rapina, & ſimilia delicta merè pœnalia magis rei inhærent, in qua peccatum ſit, quàm perſonæ, contra quam peccatum. Vſusfructus eſt jus in corpore, quo ſublato & ipſum tolli neceſſe eſt *l. 2. de vſufruct.* Similiter actio iniuriarum cum actore intercidit *l. 32. Ad l. falcid.* Addo pœnales actiones, ſiue legitimas ſiue honorarias, exceptis popularibus, in bonis actoris non ideo minùs computandas eſſe, quia morte Reorum intercedere poſſint. In bonis actoris ſunt viuente Reo. Econtrariò nihil bonis rei eo defuncto detrahunt. Etenim ea demum obligatio rei bonis

bonis diminutionem præſtat, quæ in heredem tranſit. Vnde honorariæ quoque actiones, quæ intra certum tempus à prætore promittuntur, cum bonis actoris defuncto eo augmentum Rei, ſi in heredem non tranſeant; deceſſionemue in bonis ſuis, ſi tales erunt, vt in heredem quoque tranſeant, præſtabunt *l. 32. Ad l. falcid.* Quid ita? cum bonis actoris augmentum Rei actio præſtare dicitur *d. loc.* in qua cum bonis actoris, actore mortuo, Reus locupletatur. Explicatio: quam hîc adferre lubuit, ne quis allidat ad variantes lectiones, quæ extant apud Goueanum *in Commentar. ad L. Falcid. d. l. 32.* Cuiacium *7. obſervat. 35.* Gothofredum *in not. ad d. l. 32.* Altior diſquiſitio eſt; vtrum actio *de Calumniatoribus* in eo, quod heredi non detur *l. 4. de Calumn.* ſimilis quoque ſit actioni iniuriarum *iuxt.* §. *1. Inſtit. de perpet. & temp. action.* Ergo ſi placet, naturam actionem expendamus: Intra annum in quadruplum eius pecuniæ, quam calumniator accepiſſe dicetur: poſt annum ſimpli in factum actio competit, *l. 1. de Calumniat.* Illa heredi non datur *juxt. d. l. 4. de Calumniat.* Atque in eo cur non ſimilis eſſet actioni iniuriarum? Quo ſenſu infligitur iniuria, eodem infligitur calumnia. Iniuriam pati poſſumus citra calumniam,

non item calumniam citra iniuriam. Plane vt ſimpli in ſactum actio, quæ poſt annum datur, & merè rei perſecutoria eſt, heredi videatur concedenda. Quod ita ſentire non dubitauit Franciſcus Caldas *ad. l. vnic. C. ex del. defunct. part. 3. num. 17.* Atat in contrarium reſpondiſſe judico prudentes. Quid ita? præter actionem *de Calumniatoribus* competit condictio, ſi ſola turpitudo accipientis verſetur. Nam ſi & dantis, melior cauſa erit poſſidentis *l. 5. §. 1. de Calumn.* Ergo nec condictio ob turpem cauſam, nec hæc actio de Calumniatoribus hoc poſtremo caſu competit *l. 3. de Cond. ob turp. cauſ.* Quod ſi ita eſt, videamus, quo colore, condictione iſta heredi competente, hæc ſimpli in factum actio ei daretur? Certè ratione juris inſpecta heredi potuiſſet concedi vtraque, vt alterutrâ electâ quieſceret altera *fac. l. 3. in fin. l. 6. §. 4. D. famil. Erc. l. 9. §. 1. de Tribut. act. l. 10. in fin. de Act. Empt. l. 25. §. 5. D. Locat. l. 53. de Obl. & Act.* Sola repugnat voluntas Legiſlatoris, qui iudicarit, condictione ob turpem cauſam competente, non eſſe neceſſe poſt annum dare in factum actionem ſimpli *l. 5. in fin. de Condict.* Multò magis non eſſè neceſſè ante annum; redditâ eâdem ratione, nimirum ſufficere debere, quòd heres eam pecuniam, quàm defunctus dedit, repetere poſſit inſtituta

ſtituta conditione *l. 4. de Calumn.* Quid enim vbi nulla alia actio competit, Legiſlator ſolet talem actionem heredi non negare. Aliter quàm ſi bona actio competat, duplicemque actionem de vna eademque re concedere minùs exiſtat neceſſarium, prout *in d. l. 4. de Calumn. l. 2. §. vlt. vi bon. rapt.* Tantùm abeſt, vt ferri poſſit opinio Ant. Fabri *76. decad. err. 6. in fin.* Dum arbitratur actiones ex delicto à parte actoris rei perſecutorias heredi dari, non merè pœnales tam ex parte actoris quàm Rei, qualis ſit actio de Calumniatoribus *l. 4. §. vlt. de Calumn.* Parùm acutè, nec verè: Simplum cum tripli pœna efficit quadruplum, ad quod in iſta actione agitur *l. 1. in princ. l. 5. §. 1. de Calumn.* Simplum iſtud eſſe pecunia iſta, quæ per calumniam abeſt *l. 4. D. tit.* Ergo mixta hæc quid ni actio eſſet, partim pœnalis, partim rei perſecutoria, non verò talis, quæ nullo modo rei perſecutionem aliquam contineret, prout ſibi blandiuntur? vt non dicam, mirari me, vnde didicerint, actiones ex delicto tam ex parte actoris, quàm Rei pœnæ perſecutorias heredi non competere. Actio in factum, *Ne quis eum, qui in ius, &c.* Item, actiones furti, vi bonorum raptorum, & aliæ quàm plurimæ, ab vtraque parte ſunt merè pœnales, quas ta-

men notiſſimum ſit heredibus non negati *vid. §. 1. Inſtit. de perpet. & temp. action. l. 5. §. 4. Ne quis eum, qui.*

Finis Libri Tertij.

BENE-

BENEDICTORVM LIBER QVARTVS.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Cap. I.

Non in ſingulos caſus, ſed generaliter iura conſtitui: ideoque auctores regulæ: actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum dari, regulam iſtam ſuam malè compingere ex l. 9. de Cond. furt. & §. 9. Inſtit. de Leg. Aquil. contra rationem generalem & leges omnes cæteras.

NVnquam credendum eſt, ſic locutos Prudentes, vt dixerint actionem, nunc hanc, nunc illam dari contra heredem in ſolidum, quòd licet ex delicto ſit, ideo ita detur, quia rei perſecutionem contineat. Et tamen iſta recitantur *76. Decad. err. 6.* ac ſi fidem mererentur. *Actus ſapientiæ eſt, nemini ſi credamus temerè.* Prudentes cum tractant de condictione furtiua *in l. 7. §. 2. De cond. furt*, vt heredem furis eâ obligari ſciremus, rationem iſtam addiderunt rectè, *quia rei habeat perſecutionem.* Vtpote citra quam ne quidem de eo, quod ad heredem peruenit, da-

retur, *vid. ſupr. libr. 1.* plane vt non parum ratio iſta operetur. Cætera illa, *in ſolidum & licet ex delicto ſit*, non addiderunt *in d. l. 7. §. 2.* neque *in l. 10. §. 1. De compenſat. vid. ſupr. lib. 1. cap. 9.* Multò minùs, vt ſcriptum ſit *in l. 35. de Obl. & Act.* omnes actiones etiam honorarias, quæ rei perſecutionem habent, & poſt annum & in heredem in ſolidum dari, *vid. ſupr. lib. 1. cap. 10. in d. l. 35.* Qui tradunt omnes actiones etiam honorarias, quæ rei perſecutionem habent, & poſt annum & in heredem in ſolidum dari *iuxt. d. l. 35.* non excludunt ciuiles. Atqui non agitur de ciuilibus actionibus *in d. l. 35.* vnâ, nedum cōdictione furtiua moueri eos, vt ſufficiat. Inde namque eueniſſe certum eſt, vt hac in quæſtione offenderint in principia, dum ex vno iſto actionis tam irregularis exemplo regulam auſi ſunt fabricari, quæ nullo ex loco alio comprobetur. Nulla eſt regula, cui non ſubſunt exempla plura, quæ regat, aut non eſt regula. Fatetur Aduerſarius *d. 76. Decad. err. 6.* actionem ex delicto quæ rei perſecutionem contineat, aliquando aduerſus heredem in ſolidum competere. Atqui ſi *aliquando*, non vtique regulariter. Si non regulariter, cur docuit *4. Coniect. 1.* actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredem non aliquando, ſed regulariter in ſolidum dari? cur voluit vnica illa ratione

vti

vti *78. Decad. err. 1.* ad confirmandam regulam, quæ non eſt regula? Aut vbi prudentes aliquando ſic locutos videas, vt dixerint nunc hanc, nunc illam actionem, licet ex delicto ſit, quia rei perſecutionem contineat, ideo in ſolidum aduerſus heredem dari. Non nominaſſe tales actiones, eſt tales ignoraſſe. Neque miror: quandoquidem nullæ extent tales. Conditionem furtiuam nominauit: ecquid inde? Condictio furtiua eſt vna actio, non eſt hæc & illa actio, ex qua confici poſſit regula. Regula non conſtituitur ex his, quæ vno aliquo caſu obtinent, ſed quæ in pleriſque caſibus frequentantur *l. 4. l. 10. l. 15. De Legib.* Tum etiam condictio furtiua vtrum ſit actio ex delicto, valde controuerſum eſt. Ex vna autem actione, eaque tam controuerſa regulam conficere ne temerarium fuerit magis, quàm neceſſarium. Quid dicam: In condictione furtiua ſingulare eſt, quòd, actio vtut perſonalis ſit, nulli alij quàm domino competat *l. 1. de cond. furt.* neque domino cuiuis, ſed ei, cui res ſurrepta eſt, vel heredi eius *l. 11. D. tit.* item quòd in ea, quod actoris eſt, id ei dari oporteat, odioque furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, introducta ſit *§. 14. Inſt. de Act.* item quòd cuius ope conſilioue furtum factum fuerit, condictione is non teneatur, etſi furti teneatur

tur *l. 6. De condict. furt.* Neque condici ſeruo poſſit, niſi liber contrectârit *l. 15. De condict. furt.* Item quòd corporis perempti eiuſque quod intereſt *l. 3. De condict. furt.* aut corpori ſurrepto acceſſit, veluti cœlaturæ *l. 13. De condict. furt.* æſtimatio ſpectetur iuxta id tempus, quo res vnquam plurimi fuit *l. 8. §. 1. De condict. furt.* a tempore litis conteſtatæ *l. 2. §. 3. De priuat. del.* Item quòd licet ſolus fur condictione teneatur, *l. 13. §. 2. De Iureiurand.* tamen & heres eius ab ea non ſit liber *l. 5. De condict. furt. d. l. 13. §. 2.* vt non dicam de moræ fictitia continuatione, quàm hæc actio etiam foueat *l. 8. §. 1. De condict. furt.* ac quidem ita, vt per nullam actoris moram iſta Rei mora finiatur *l. vlt. d. tit.* nedum vt purgari poſſit, etiamſi ſine dolo malo & culpa eius res ſurrepta interierit *l. 16. d. tit.* Quæ omnia profectò ſingularia in vna iſta actione ecquid efficiunt, ſi non omnino ſingularem eſſe iſtam condictionem. Quòd ſi autem ſingularis eſt in tam multis, cur non & ſingularis eſſet in eo, vt aduerſus heredem furis in ſolidum detur, ſi ex delicto eſſet? Aut vnde probabunt nobis condictionem furtiuam vtut ex delicto ſit, in cæteris eſſe ſingularem, in eo vno, vt aduerſus heredem in ſolidum detur, non eſſe ſingularem, ſed vulgari vulgaris juris regulâ regi. At-

gi. Atqui vulgari jure nulla talis extat regula, qua actiones ex delicto vtut merè rei perſecutoriæ aduerſus heredes in ſolidum competant. Quid ergo? an non proinde ſingulari in errore verſantur, qui ex actione iſta tantoperè ſingulari colligere non dubitant regulam generalem? Ita eſt: & peccant non minùs, dum iſtam regulam confirmare moliuntur *ex d. §. 9. Inſtit. de Leg. Aquil.* Quaſi verò Legiſlator cum dicit, actionem Legis Aquiliæ, in qua vltra damnum lis nunquam æſtimaretur, non abſurdè aduerſus heredem dari, exinde nobis concludere tutò liceat, proinde in ſolidum eam tranſituram. Ait Imperator *in d. §. 9.* ſi lis nunquam vltra damnum datum æſtimaretur, tranſituram eſſe actionem Legis Aquiliæ in heredem. Rectè: vbi ſcriptum eam in ſolidum tranſituram? tranſiret in heredem de eo, quod ad eum peruenerit naturâ ſuâ eodem modo, quo actio in factum ex dolo eatenus in eum tranſit *juxt. l. 17. in fin. l. 28. in fin. de dol. mal.* eodem modo, quo actio in factum ex cauſa Interdicti *vnde vi* eatenus in eum tranſit, *iuxt. l. 1. in fin. l. 3. §. 1. de vi & vi armat.* eodem denique modo, quo actiones cæteræ ex delicto merè rei perſecutoriæ non vltra tranſeunt, *vide infra capite tertio.*

Expo-

Expoſitio, quæ inſolens aut diuinatoria videri non debet, *conf.* Hotomann. *ad d.* §. *9. Inſt. de Leg. Aquil.* Helfric. Hunn. *4. var. reſol. part. 5. quæſt. 3.* Rebus in obſcuris quod minimum eſt, ſequimur *l. 9. de Reg. Iur.* & eam interpretationem, quæ vitio caret *l. 29. De Legib.* Dum ait Imp. eo caſu, quo lis vltra damnum nunquam æſtimaretur, actionem Legis Aquiliæ tranſituram fuiſſe in heredẽ, nec addidit in ſolidum tranſituram fuiſſe, ambiguum eſt de tranſitu quàm pleno ſenſerit. Itaque tranſitura quid ni fuiſſet de eo, quod peruenit. Quippe cum hoc minus ſit, quàm ſi in ſolidum tranſiret, eamque interpretationem natura actionum ex delicto merè rei perſecutoriarum admittat, non alteram, *vid. infr. cap. 3.* niſi altera illa conciliatio quam dedimus *ſupr. lib. 1. cap. 10.* placeat magis. Vtraque proponitur habendi delectus & judicij exercendi gratia, non vt vacillemus. Scilicet adhuc volent argumento iſto vti, ex quo regulam iſtam corroborent. Forte non poſthac; ſin minus; habeant ſibi, quæ habent Donellus *ad l. vnic. C. ex del. def.* Couarruuias *3. var. reſolut. 3. num. 7.* ibi *Ioann. Vſſel. in not.* Petr. Barboſa *ad l. 15. D. de Iudic.* Aliaque profectò ſi haberent, dediſſent plura, quàm iſta quæ iam remouimus non vno modo. Clarè Couarruuias: in foro ciuili heredem actione rei & damni

damni illati perſecutoriâ propter delictum defuncti conueniri poſſe pronuntiat *d. loc.* Mouetur *d. §. 9. d. l. 7. §. 2. de Cond. furt. §. vlt. Inſt. obl. ex delict.* Teſtimonia tantùm duo de vna condictione furtiua quæ denuò producimus, vt cognoſcamus ex quàm paucis, & quàm fragilibus, & ſingularibus actionum ſpeciebus iſtam ſuam regulam primitus conſtruxerint. Error, quem vtinam deſtruere tàm maluiſſent quàm aſtruere ij, contra quos hæc ſcribimus, equidem non fuiſſet, cur eis tam animosè occurreremus. Sed enim Couarruuias dum propter delictum defuncti heredem obſtringi arbitratur ad præſtationem rei, quæ ad heredem non peruenit actione tali, quæ rem & damnum illatum perſequatur, prudentiùs cauiſſe videtur, ne videri poſſit ex delicto talem actionem cenſere. Quid ita? putat Iure Canonico heredem furis teneri ad illati damni emendationem non ex contractu vel quaſi, ſed ex cauſa illatæ læſionis proxima, *arg. regul. peccatum de Reg. iur. in 6.* At enim cauſa læſioni ſeu delicto proxima non eſt ipſum delictum. Igitur ſi jure Canonico iſta proprietas non fuerit indigna, quæ exprimeretur, adlaborãdum profectò eſt, ne eadem proprietas, ſi fieri poſſit, juri Ciuili negetur temere *vid. ſupr. libr. 1. c. 6.* Alias videamus, ne intolerabilis ſit opinio eorum, qui condictionem

furtiuam

furtiuam ex delicto oriri ſuſtinent, & nihilominus aduerſus heredem in ſolidum dari, niſi ſingulari naturæ eius actionis ius ſingulare tale adſcribatur, *conf.* Bartol. Caſtrenſ. Fulgoſ. *ad l. 7. §. 2. De condict. furt.* aut tolerari magis mereatur ſententia eorum , qui non ex delicto condictionem oriri tam judicant, quàm propter delictum ſeu occaſione delicti eam proditam eſſe, *vid.* Iohan. Fabr. *ad §. pœnales num. 3. Inſtit. De perpet. & temp. act.* Petr. Barboſ. *ad l. 15. D. de judic. nu. 109. 112. 113. 136. 137.* modò ex tali eam cauſa dari vnà concludatur, quæ non reſiſtat, quò minùs ceu ex quaſi contractu foret, in ſolidum aduerſus heredem tranſmittatur *vid. ſupr. libr. 1. cap. 7. & 8.* Aut vbi regula iſta: *actiones, quæ ex delicto competunt, meramque rem perſequuntur, aduerſus heredes in ſolidum tranſire?* Ab exemplo condictionis furtiuæ aut nullum aut ſingulare argumentum ſumi iam abundè demonſtratum eſt. Nullum, ſi non ex delicto, ſed immediatè eius ortus aliunde cenſeatur. Singulare, ſi ex delicto & aduerſus heredem æquè in ſolidum eam dari vrgeatur. Anguſtiæ meræ. Quantò laxior via altera. Quid enim fatentur *76. Deciſ. 6.* Aliquando etiam prudentes in hac quæſtione ita loqui, vt negent actionem ex delicto tranſire contra heredem, ratione illa reddita, quòd quamuis actio rei perſecutionem conti-

contineat, tamen ex maleficio naſcatur, vt *in. l. 4. §. vlt. cum trib. ſeq. D. de Alien. jud. mut. l. 5. de Calumn. l. 16. §. vlt. Quod met cauſ. l. 16. §. vlt. & l. ſeq. l. 26. & l. ſeq. de dol. l. 1. §. vlt. de eo per quem l. 1. §. 5. & §. vlt. Ne vis fiat ei l. 1. §. vlt. l. 2. l. 9. de vi & vi arm. l. 3. §. pen. Si menſ. falſ. mod. dix. l. 7. §. vlt. & l. ſeq. de Tribut. act. l. 8. §. vlt. de precar. l. vnic. C. ex del. defunct. l. fin. C. Rer. Amot.* Quodque plus eſt ſatentur *d. loc.* his in locis omnibus tractari de ijs actionibus, quæ rei perſecutionem contineant, & per quas actor perſequatur id, quod ſibi abeſt, & tamen negare prudentes, negare Imperatores, dari eas actiones in ſolidum, & ſupra quàm ad eum ex defuncti dolo peruenerit. Adhuc ſcribere non verentur aliquandò prudentes & Imperatores ita locutos, quaſi in contrarium ſit regula. Non eſt ita. Generaliter actiones ex delicto (quæ non merè pœnales) ſiue miſtæ, ſiue pœnæ nomine conceptæ, ſiue merè rei perſecutoriæ aduerſus heredes non in ſolidum dantur, ſed de eo duntaxat, quod ad eos peruenit *l. vnic. C. ex delict. def. l. defuncto D. de public. iud. l. 3. eod. tit. l. 15. §. ſi propter D. Ad SC. Turp. l. 4. §. fin. l. 7. de Alien. iud. mut. l. 14. §. 5. l. 16. §. vlt. l. 16. Quod met. cauſ. l. 1. in fin. ibi poſt annum in ſimplum l. 5. de Calumn. l. 26. l. 28. de dol. mal. l. 1. §. fin. l. 3. in princ. & §. fin. l. 9. de vi & vi arm. l. 3. §. pen. Si menſ. falſ.*

mod. dix. l. 35. de Oblig. & Act. l. 38. de Reg. Iuris. l. 1. §. 8. Ne vis fiat ei l. 8. §. vlt. de precar. l. fin. C. Rer. Amot. l. 9. in fin. l. 10. de Reb. auth. iud. poſſ. l. 12. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. l. 3. §. 12. de pecul. l. 2. C. vnde vi, l. 3. in fin. D. Rer. Amot. l. 44. de Reg. Iur. l. 127. de Regul. Iur. l. 7. §. 1. D. depoſ. l. 13. de edend. l. 23. §. 8. D. Ad L. Aquil. l. 12. in fin. D. ad exhib. l. 4. l. 12. Ad L. Cornel. de falſ. l. 20. in fin. D. de Accuſat. l. 1. §. 6. de eo per quem l. 20. §. 8. l. 22. de nou. op. nunt. l. ſemper §. hoc interdictum D. Quod vi aut clam l. 4. §. 2. D. de Incend. Ruin. l. 58. de Obl. & Act. Synopſ. Baſilic. *24. tit. 7. c. 7. §. 1.* Quòd ſi autem aliquæ merè perſecutoriæ (etiam ex delicto quæ ſint) aduerſus heredes in ſolidum dentur, prout Aduerſarij præſupponunt, fieri certè non poteſt, vt aliter hoc fiat, quam *aliquando*, & non regulariter. Atqui vix eſt, vt tales aliquæ ſint. Adhuc aiunt ceu juriſprudentiæ Romanæ præſiderent, aut Legiſlatores eſſent. *Vno illo Vlpiani loco niti volumus, & vnica illa ratione, quod actiones, quæ rei perſecutionem continent ex vtraque parte tam Rei quàm actoris, licet ex delicto naſcantur, in ſolidum dentur.* Itane? libet conteſtari, in jus ambulemus. Aiunt, volumus niti vno loco contra omnes locos: item, volumus niti vnica illa ratione, quæ nec in *d. l. 9. de Cond. furt.* nec in vlla alibi lege compâret, ne dicam, quæ clariſſimè pugnet cum principijs. Quid audio: non

probant

probant ex vna Vlpiani lege regulam quam imaginantur, ſed volunt niti vnica illa lege ceu regula, contra omnes leges, ex quibus conflari ſolet contraria regula. Præterea volunt rationem illam (nimirum actiones ex delicto rei perſecutorias in ſolidum aduerſus heredes dari) in vna illa Vlpiani lege extare, quæ nec ibi, nec vllibi extet, immo quæ contra principia ſit. Aut quàm vellem, tam felices fuiſſent, vt ex vlla lege aut ratione talem regulam comprobare potuiſſent. Quod ipſum igitur quia non fecerint, & contrarium ex omnibus legibus à nobis oſtendatur, ecqua poſthac fronte velle poſſint eſſe regulam, quæ non ſit regula, eſſe rationem ex principijs petitam, quæ ſit error contra principia. Homo eſt animal naturâ ciuile *l. 2. in fin. de legib.* proinde non debet velle, quod ratio nolit, vt poſſit velle. Sed porro quid fit. Fatentur *d. 76. decad. err. 6.* negare prudentes, negare Imperatores actiones ex delicto merè rei perſecutorias dari aduerſus heredes in ſolidum, & ſuprà quam ad eos ex defuncti dolo peruenerit *l. 4. §. vlt. l. 5. 6. 7. de alien. jud. mut. l. 5. de Calumn. l. 16. §. vlt. Quod met. cauſ. l. 16. §. vlt. l. 17. l. 26. l. 27. de dol. l. 1. §. vlt. de eo per quem fact. l. 1. §. 5. §. vlt. D. Ne vis fiat ei l. 1. §. vlt. l. 2. l. 9. de vi & vi arm. l. 3. §. pen. Si menſ. falſ. mod. dix. l. 7. §. vlt. l. 8. de Trib. action. l. 8. §. vltim. de precar. l. vnic. C. ex*

*deli*ꝺ*. def. l. fin. C. Rer. Am.* Verumenimuero jam olim in *Coniecturis* reſpondiſſe ſeſe regerunt: Actiones ex delicto rei perſecutorias non omnes eodem modo adpellari, nec proinde eodem in omnibus jure cenſeri poſſe. Quaſdam, ſcilicet, eſſe ita rei perſecutorias, vt non ad aliud comparatæ dici poſſint, quàm ad indemnitatem actori præſtandam, perſequenti ex ijs id tantùm, quod ſibi abeſt, ſine vlla pœnæ commiſſione. Summatim quibus actoris fauor ſolus cauſam dederit, non neceſſitas aut æquitas vindicandi doli, quem Reus admiſerit. Alias verò rei quidem perſecutorias eſſe, ſed non tam ex natura ſua quàm arbitrio judicis non condemnantis Reum ad rem, quæ petitur, reſtituendam, ſed primùm arbitrantis debere rem reſtitui, mox ſi arbitrio non pareatur, neque res reſtituatur, condemnantis Reum ex bono & æquo. Alias denique eſſe eiuſmodi quibus actor rem quidem ſuam perſequatur, id eſt, omne, quod ſibi abeſt, ſed quæ tamen, ſiue à jure Ciuili, ſiue à prætore non tam actoris fauore comparatæ ſint, quàm in odium & pœnam Rei, ac vt factum quod dolo malo admiſit, puniatur. Si placet, ſingula genera examinanda ſunt accuratiùs.

CAP.

CAP. II.

Nullas eſſe actiones ex delicto, quibus ſolus fauor Actoris cauſam dederit, nulla neceſſitas aut æquitas vindicandi delicti, quod Reus admiſit. Multò minùs propter fauorem actoris aliqua aduerſus heredes Rei in ſolidum darentur.

EX maleficio quæ naſcuntur, obligationes, omnes vnius generis ſunt. Nam re tantùm conſiſtunt, id eſt, ipſo maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantùm re conſiſtant, ſed etiam verbis & conſenſu *l. 4. de Obl. & Act. in princ. Inſt. de obl. ex mal.* Neque iſta in origine contrarij ſunt, qui actiones ex delicto rei perſecutorias triplicis generis faciunt. *76. decad. err. 6.* Sed minus expenderunt vim delicti, vtpote cuius origo efficiat & officiat, quò minùs aduerſus heredes in ſolidum poſſint tranſire, *vid. ſupr. libr. 1. c. 11.* Quamobrem In anguſtias redactis tandem copijs, regulam, quam in *coniecturarum libro* generalem eſſe quoad omnes ex delicto merè rei perſecutorias actiones ſuſtinuerant, coarctare & reſtringere coacti ſunt ad vnam condictionem furtiuam *76. dec. err. 6. in fin.* ibi *ad primi generis actiones pertinet exemplum condictionis furtiuæ &c.* Quid ita? reminiſcuntur,

 ſcilicet,

ſcilicet, actiones ex delicto merè rei perſecutorias, non omnes eodem modo appellari, nec proinde eodem in omnibus jure cenſeri poſſe *d. loc. in princ. & med.* Quòd ſi autem ita eſt, bene illis ſit, qui generalem regulam nobis obtrudere præſumpſerant, ac ſi omnes ex delicto merè rei perſecutoriæ actiones aduerſus heredes in ſolidum competerent. Omnis regula eſt generalis, ſed enim abſque regulæ iſtius deſtructione fieri non poteſt, vt actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ omnes (excepta vna condictione furtiua) aduerſus heredes duntaxat dentur de eo, quod peruenerit. Atqui hoc docent, qui actiones ex delicto merè rei perſecutorias triplicis generis faciunt. Quid ita? Primi generis faciunt eas, quibus actor agit ad indemnitatem ſibi præſtandam, perſequendo id tantùm, quod ſibi abeſt, ſine vlla pœnæ commiſſione, & vt breuius loquantur, quibus actoris fauor ſolus cauſam dederit, non neceſſitas aut æquitas vindicandi doli, quem Reus admiſerit. Atque ad huius generis actiones referre nullas alias ex delicto merè rei perſecutorias actiones potuere, præter vnam condictionem furtiuam, *vid. d. 76. Dec. err. 6. in fin.* Secundi generis faciunt actiones ex delicto quæ ſint merè rei perſecutoriæ, non ex natura ſua, ſed arbitrio judicis. Tertij generis eſſe volunt eas, quæ

non

non tam actoris fauore, quàm in odium & pœnam Rei comparatæ ſint. In ſumma fatentur ſecundi & tertij generis actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes duntaxat competere de eo, quod peruenit. Solas verò primi generis, ſi quæ ſint, & ſic ſolam condictionem furtiuam aduerſus heredem in ſolidum competere præſupponunt. Iam autem ecquid hoc eſt aliud, quã ex regula, cuius vi voluerant actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum dari, facere notoriam exceptionem. Aut oportet regulam diuidant in ſingularem & generalem. vt ſingularis ſit regula, quæ dictet, actiones ex delicto merè rei perſecutorias, veluti condictionem furtiuam, licet ex delicto ſit, quia rei perſecutionem contineat, aduerſus heredem in ſolidum competere *l. 7. §. 2. l. 9. de condict. furt.* generalis porro ſit regula, actiones ex delicto merè rei perſecutorias cæteras aduerſus heredes dari de eo, quod ad eos peruenit. Sed ecquæ regula ſingularis? Accedit, quòd omnes actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ ſint iſtiuſcemodi actiones, quibus actor, quod ſibi abeſt, & vt indemnis conſtituatur, ſine vlla pœnæ commemoratione nedum petitione perſequitur, *vid. infr. c. prox. & c. 4.* Ergo differentiam vt faciat Aduerſarius eò euidentiorem: addit primi generis

eſſe tales actiones ex delicto, quibus actoris fauor ſolus cauſam dedit, non neceſſitas, aut æquitas vindicandi doli, quem Reus admiſerit. Ac quidem ad hoc vt reſpondeam, iterum proteſtor, ſine lege ceu oraculum minùs prudenter id nobis inculcari. Si placet, expendatur exemplum condictionis furtiuæ, quod vnicum probandæ primæ ſpeciei adducere potuit. Nam condictioni furtiuæ ſi ſolus actoris fauor cauſam dederit, nulla neceſſitas, nulla etiam æquitas vindicandi doli, quem Reus admiſerit, vtique falſa primùm erit ſententia Imperatoris clariſſimè teſtantis odio furum effectum eſſe, vt extra pœnam dupli aut quadrupli rei recipiendæ nomine fures, quò magis pluribus actionibus teneantur, etiam condictione furtiua teneantur §. *14. Inſtit. de Act.* Quod autem odio furis effectum eſt, non fauore actoris effectum cenſeri poteſt. In condictione verò furtiua fur reus eſt. Odium proinde Rei ſi condictioni cauſam dederit, falſum erit actoris fauori id imputari debere. Deinde ſcire deſiderem, cur actoris fauorem ab odio Rei hac in re ſeiunxerint. Siquidem vtut verum eſſet, eſſe actionem aliquam, cui ſolus fauor actoris cauſam dederit, quod jure meritoque negari poſſe confido, fieri vtique non poſſet, quin actoris poſito fauore odium Rei ab altera parte non poneretur

retur. Videlicet vt quali relatione actor à Reo & econtra adſpicitur, eadem relatione fauor actoris ab odio Rei & econtra non ſeparetur. Tum obligatio omnis à juſtitia ſuæ cauſæ dependet *fac. l. 14. §. 2. de exc. rei iud.* actio omnis à juſtitia obligationis, ex qua deſcendit. Tantum abeſt, vt fauor perſonæ cauſam dare poſſit actioni ex delicto. Delictum Rei non fauore actoris tam punitur, quam ad terrorem & emendationem aliorum *l. 20. de pœn.* Adhuc inſtant; eſſe actiones ex delicto, quibus fauor actores cauſam dederit, & quidem ſolus, ſi credere volemus. Dogma inauditum, *actiones aliquas ex delicto, propter ſolum Actoris fauorem aduerſus heredem in ſolidum competere.* Aut quod prius probâſſe debuerant, non tam confidenter protuliſſe. Sicuti nec illud, dum volunt nullam vindicandi doli neceſſitatem, aut æquitatem condictioni furtiuæ cauſam dediſſe. Amabo te, ecquid hoc eſt, ſi non culpare prudentiam prudentum, ſi non negare principia, quæ contra dolum paſſim eunt? Prudentes odio furum, vt pluribus actionibus tenerentur, neceſſarium eſſe judicarunt contra regulas, condictionem aduerſus eos introducere §. 14. *Inſtit. de Action.* Contra Ant. Faber non neceſſarium id fuiſſe judicat, ſed actoris fauore & faciendum & factum. Quid? idem ait nullam

dus & Caſtrenſis *ad d.l.8. Qui ſatiſd.cog.* dixiſſe in initio magis fauendum actori, vt admittatur: in medio parem actoris & Rei rationem habendam eſſe, vt veritas eruatur, in fine magis fauendum Reo, vt abſoluatur. Ex quibus ſic breuiter cognoſcitur; quàm periculoſè adſeruatur, eſſe aliquas actiones ex delicto merè rei perſecutorias, quibus ſolus actoris fauor cauſam dederit. Quamuis non ignorem extare apud Alciatum *ad l. vnic. D. Si quis iuſdic. non obt.* ac ſi omnis actio ex maleficio in fauorem Actoris oriatur. Atat aliter hoc capiendum, quàm vt credere debeamus, nedum tradere, actiones aliquas eſſe ex maleficio, quibus ſolus actoris fauor cauſam dederit, non delictum, ex quo oriuntur, & ſine quo non inſtituuntur. Iuſtitia cauſæ intuenda eſt; nullus vllius perſonæ fauor ſolus, ſola vllius actionis cauſa eſt.

CAP.

Cap. III.

Actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredem dari de eo, quod ad eum peruenit, non in ſolidum. Et ex qua natura.

Actiones ex delicto aut ſunt pœnales, aut rei perſecutoriæ. Pœnales iterũ aut ſunt meræ pœnæ perſecutoriæ, aut partim pœnæ, partim rei perſecutoriæ, quæ idcirco mixtæ adpellentur §. *17. Inſt. de Act.* Rei deinceps perſecutoriæ aut ſunt merè rei perſecutoriæ, aut merè rei perſecutoriæ ſed pœnæ nomine conceptæ. De natura merè pœnaliũ actionũ, eas nempe aduerſus heredes ne quidem de eo, quod ex delicto defuncti ad eos peruenit, exerceri poſſe tractatũ eſt ſupra, *lib. 1. c. 14.* De natura actionum mixtarum, eas nempe aduerſus heredes non dari, niſi hactenus, vt lucrum eis extorqueatur, expoſitum itidem *ſupra libr. 1. cap. 15.* De natura denique actionum merè rei perſecutoriarum, ſed pœnæ nomine conceptarum, tum etiam à mixtis quemadmodum differant, ſimiliter oſtenſum eſt, *ſupr. libr. 1. cap. 17.* ſupereſt hoc loco, vt actionum ex delicto merè rei perſecutoriarum, & non pœnæ nomine aut in delictum conceptarum, quatenus aduerſus heredes tutum ſit eas conce-

mod. dix. l. 35. de Oblig. & Act. l. 38. de Reg. Iuris. l. 1. §. 8. Ne vis fiat ei l. 8. §. vlt. de precar. l. fin. C. *Rer. Amot. l. 9. in fin. l. 10. de Reb. auth. iud. poſſ. l. 12. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. l. 3. §. 12. de pecul. l. 2.* C. *vnde vi, l. 3. in fin.* D. *Rer. Amot. l. 44. de Reg. Iur. l. 127. de Regul. Iur. l. 7. §. 1.* D. *depoſ. l. 13. de edend. l. 23. §. 8.* D. *Ad* L. *Aquil. l. 12. in fin.* D. *ad exhib. l. 4. l. 12. Ad* L. *Cornel. de falſ. l. 20. in fin.* D. *de Accuſat. l. 1. §. 6. de eo per quem l. 20. §. 8. l. 22. de nou. op. nunt. l. ſemper §. hoc interdictum* D. *Quod vi aut clam l. 4. §. 2.* D. *de Incend. Ruin. l. 58. de Obl. & Act.* Synopſ. Baſilic. *24. tit. 7. c. 7. §. 1.* Quòd ſi autem aliquæ merè perſecutoriæ (etiam ex delicto quæ ſint) aduerſus heredes in ſolidum dentur, prout Aduerſarij præſupponunt, fieri certè non poteſt, vt aliter hoc fiat, quam *aliquando*, & non regulariter. Atqui vix eſt, vt tales aliquæ ſint. Adhuc aiunt ceu juriſprudentiæ Romanæ præſiderent, aut Legiſlatores eſſent. *Vno illo Vlpiani loco niti volumus, & vnica illa ratione, quod actiones, quæ rei perſecutionem continent ex vtraque parte tam Rei quàm actoris, licet ex delicto naſcantur, in ſolidum dentur.* Itane? libet conteſtari, in jus ambulemus. Aiunt, volumus niti vno loco contra omnes locos: item, volumus niti vnica illa ratione, quæ nec in *d. l. 9. de Cond. furt.* nec in vlla alibi lege compâret, ne dicam, quæ clariſſimè pugnet cum principijs. Quid audio: non probant

probant ex vna Vlpiani lege regulam quam imaginantur, ſed volunt niti vnica illa lege ceu regula, contra omnes leges, ex quibus conflari ſolet contraria regula. Præterea volunt rationem illam (nimirum actiones ex delicto rei perſecutorias in ſolidum aduerſus heredes dari) in vna illa Vlpiani lege extare, quæ nec ibi, nec vllibi extet, immo quæ contra principia ſit. Aut quàm vellem, tam felices fuiſſent, vt ex vlla lege aut ratione talem regulam comprobare potuiſſent. Quod ipſum igitur quia non fecerint, & contrarium ex omnibus legibus à nobis oſtendatur, ecqua poſthac fronte velle poſſint eſſe regulam, quæ non ſit regula, eſſe rationem ex principijs petitam, quæ ſit error contra principia. Homo eſt animal naturâ ciuile *l. 2. in fin. de legib.* proinde non debet velle, quod ratio nolit, vt poſſit velle. Sed porro quid fit. Fatentur *d. 76. decad. err. 6.* negare prudentes, negare Imperatores actiones ex delicto merè rei perſecutorias dari aduerſus heredes in ſolidum, & ſuprà quam ad eos ex defuncti dolo peruenerit *l. 4. §. vlt. l. 5. 6. 7. de alien. jud. mut. l. 5. de Calumn. l. 16. §. vlt. Quod met. cauſ. l. 16. §. vlt. l. 17. l. 26. l. 27. de dol. l. 1. §. vlt. de eo per quem fact. l. 1. §. 5. §. vlt. D. Ne vis fiat ei l. 1. §. vlt. l. 2. l. 9. de vi & vi arm. l. 3. §. pen. Si menſ. falſ. mod. dix. l. 7. §. vlt. l. 8. de Trib. action. l. 8. §. vltim. de precar. l. vnic. C. ex*

delict. def. l. fin. C. Rer. Am. Verumenimuero jam olim in *Coniecturis* reſpondiſſe ſeſe regerunt: Actiones ex delicto rei perſecutorias non omnes eodem modo adpellari, nec proinde eodem in omnibus jure cenſeri poſſe. Quaſdam, ſcilicet, eſſe ita rei perſecutorias, vt non ad aliud comparatæ dici poſſint, quàm ad indemnitatem actori præſtandam, perſequenti ex ijs id tantùm, quod ſibi abeſt, ſine vlla pœnæ commiſſione. Summatim quibus actoris fauor ſolus cauſam dederit, non neceſſitas aut æquitas vindicandi doli, quem Reus admiſerit. Alias verò rei quidem perſecutorias eſſe, ſed non tam ex natura ſua quàm arbitrio judicis non condemnantis Reum ad rem, quæ petitur, reſtituendam, ſed primùm arbitrantis debere rem reſtitui, mox ſi arbitrio non pareatur, neque res reſtituatur, condemnantis Reum ex bono & æquo. Alias denique eſſe eiuſmodi quibus actor rem quidem ſuam perſequatur, id eſt, omne, quod ſibi abeſt, ſed quæ tamen, ſiue à jure Ciuili, ſiue à prætore non tam actoris fauore comparatæ ſint, quàm in odium & pœnam Rei, ac vt factum quod dolo malo admiſit, puniatur. Si placet, ſingula genera examinanda ſunt accuratiùs.

CAP. II.

Nullas eſſe actiones ex delicto, quibus ſolus fauor Actoris cauſam dederit, nulla neceſſitas aut æquitas vindicandi delicti, quod Reus admiſit. Multò minùs propter fauorem actoris aliquæ aduerſus heredes Rei in ſolidum darentur.

EX maleficio quæ naſcuntur, obligationes, omnes vnius generis ſunt. Nam re tantùm conſiſtunt, id eſt, ipſo maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantùm re conſiſtant, ſed etiam verbis & conſenſu *l. 4. de Obl. & Act. in princ. Inſt. de obl. ex mal.* Neque iſta in origine contrarij ſunt, qui actiones ex delicto rei perſecutorias triplicis generis faciunt *76. decad. err. 6.* Sed minus expenderunt vim delicti, vtpote cuius origo efficiat & officiat, quò minùs aduerſus heredes in ſolidum poſſint tranſire, *vid. ſupr. libr. 1. c. 11.* Quamobrem In anguſtias redactis tandem copijs, regulam, quam in *coniecturarum libro* generalem eſſe quoad omnes ex delicto merè rei perſecutorias actiones ſuſtinuerant, coarctare & reſtringere coacti ſunt ad vnam condictionem furtiuam *76. dec. err. 6. in fin.* ibi *ad primi generis actiones pertinet exemplum condictionis furtiuæ &c.* Quid ita? reminiſcuntur,

 ſcilicet,

ſcilicet, actiones ex delicto merè rei perſecutorias, non omnes eodem modo appellari, nec proinde eodem in omnibus jure cenſeri poſſe *d. loc. in princ. & med.* Quòd ſi autem ita eſt, bene illis ſit, qui generalem regulam nobis obtrudere præſumpſerant, ac ſi omnes ex delicto merè rei perſecutoriæ actiones aduerſus heredes in ſolidum competerent. Omnis regula eſt generalis, ſed enim abſque regulæ iſtius deſtructione fieri non poteſt, vt actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ omnes (excepta vna condictione furtiua) aduerſus heredes duntaxat dentur de eo, quod peruenerit. Atqui hoc docent, qui actiones ex delicto merè rei perſecutorias triplicis generis faciunt. Quid ita? Primi generis faciunt eas, quibus actor agit ad indemnitatem ſibi præſtandam, perſequendo id tantùm, quod ſibi abeſt, ſine vlla pœnæ commiſſione, & vt breuius loquantur, quibus actoris fauor ſolus cauſam dederit, non neceſſitas aut æquitas vindicandi doli, quem Reus admiſerit. Atque ad huius generis actiones referre nullas alias ex delicto merè rei perſecutorias actiones potuere, præter vnam condictionem furtiuam, *vid. d. 76. Dec. err. 6. in fin.* Secundi generis faciunt actiones ex delicto quæ ſint merè rei perſecutoriæ, non ex natura ſua, ſed arbitrio judicis. Tertij generis eſſe volunt eas, quæ

non

non tam actoris fauore, quàm in odium & pœnam Rei comparatæ ſint. In ſumma fatentur ſecundi & tertij generis actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes duntaxat competere de eo, quod peruenit. Solas verò primi generis, ſi quæ ſint, & ſic ſolam condictionem furtiuam aduerſus heredem in ſolidum competere præſupponunt. Iam autem ecquid hoc eſt aliud, quã ex regula, cuius vi voluerant actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum dari, facere notoriam exceptionem. Aut oportet regulam diuidant in ſingularem & generalem. vt ſingularis ſit regula, quæ dictet, actiones ex delicto merè rei perſecutorias, veluti condictionem furtiuam, licet ex delicto ſit, quia rei perſecutionem contineat, aduerſus heredem in ſolidum competere *l. 7. §. 2. l. 9. de condict. furt.* generalis porro ſit regula, actiones ex delicto merè rei perſecutorias cæteras aduerſus heredes dari de eo, quod ad eos peruenit. Sed ecquæ regula ſingularis? Accedit, quòd omnes actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ ſint iſtiuſcemodi actiones, quibus actor, quod ſibi abeſt, & vt indemnis conſtituatur, ſine vlla pœnæ commemoratione nedum petitione perſequitur, *vid. infr. c. prox. & c. 4.* Ergo differentiam vt faciat Aduerſarius eò euidentiorem: addit primi generis

eſſe tales actiones ex delicto, quibus actoris fauor ſolus cauſam dedit, non neceſſitas, aut æquitas vindicandi doli, quem Reus admiſerit. Ac quidem ad hoc vt reſpondeam, iterum proteſtor, ſine lege ceu oraculum minùs prudenter id nobis inculcari. Si placet, expendatur exemplum condictionis furtiuæ, quod vnicum probandæ primæ ſpeciei adducere potuit. Nam condictioni furtiuæ ſi ſolus actoris fauor cauſam dederit, nulla neceſſitas, nulla etiam æquitas vindicandi doli, quem Reus admiſerit, vtique falſa primùm erit ſententia Imperatoris clariſſimè teſtantis odio furum effectum eſſe, vt extra pœnam dupli aut quadrupli rei recipiendæ nomine fures, quò magis pluribus actionibus teneantur, etiam condictione furtiua teneantur §. *14. Inſtit. de Act.* Quod autem odio furis effectum eſt, non fauore actoris effectum cenſeri poteſt. In condictione verò furtiua fur reus eſt. Odium proinde Rei ſi condictioni cauſam dederit, falſum erit actoris fauori id imputari debere. Deinde ſcire deſiderem, cur actoris fauorem ab odio Rei hac in re ſeiunxerint. Siquidem vtut verum eſſet, eſſe actionem aliquam, cui ſolus fauor actoris cauſam dederit, quod jure meritoque negari poſſe confido, fieri vtique non poſſet, quin actoris poſito fauore odium Rei ab altera parte non poneretur

retur. Videlicet vt quali relatione actor à Reo & econtra adſpicitur, eadem relatione fauor actoris ab odio Rei & econtra non ſeparetur. Tum obligatio omnis à juſtitia ſuæ cauſæ dependet *fac. l. 14. §. 2. de exc. rei iud.* actio omnis à juſtitia obligationis, ex qua deſcendit. Tantum abeſt, vt fauor perſonæ cauſam dare poſſit actioni ex delicto. Delictum Rei non fauore actoris tam punitur, quam ad terrorem & emendationem aliorum *l. 20. de pœn.* Adhuc inſtant; eſſe actiones ex delicto, quibus fauor actores cauſam dederit, & quidem ſolus, ſi credere volemus. Dogma inauditum, *actiones aliquas ex delicto, propter ſolum Actoris fauorem aduerſus heredem in ſolidum competere.* Aut quod prius probâſſe debuerant, non tam confidenter protuliſſe. Sicuti nec illud, dum volunt nullam vindicandi doli neceſſitatem, aut æquitatem condictioni furtiuæ cauſam dediſſe. Amabo te, ecquid hoc eſt, ſi non culpare prudentiam prudentum, ſi non negare principia, quæ contra dolum paſſim eunt? Prudentes odio furum, vt pluribus actionibus tenerentur, neceſſarium eſſe judicarunt contra regulas, condictionem aduerſus eos introducere §. 14. *Inſtit. de Action.* Contra Ant. Faber non neceſſarium id fuiſſe judicat, ſed actoris fauore & faciendum & factum. Quid? idem ait nullam

æquitatem vindicandi doli in condictione furtiua verſari. Quòd ſi ita eſt, ecquid reſtat quàm vt ſtatuamus nunc porro, iniquam eſſe hanc actionem: Aut abſque furto & dolo conſiderandam eſſe? Cum aliàs vtique aliqua æquitate niteretur. Vt non dicam, ex fauore ſolo actoris hanc actionem proficiſci dùm intelligit vir Ampliſſimus, quàm in eo immemor ſui ſit, qui actionem hanc ex delicto proficiſci toties profeſſus fuerit. Iam autem ex delicto ſi oriatur, cauſam vtique delictum ei dedit. Delictum verò à parte Rei conſideratur, jus agentis ex perſona actoris *l. 1. §. 1. D. Si pars hered. pet.* Non igitur ſolus actoris fauor condictioni iſti cauſam dedit. Ita eſt, vt primariò dolus ſeu furtum non vindicetur in condictione furtiua. Interea tamen ſi ex delicto eſt, fieri non poteſt, vt æquitate doli vindicandi deſtituatur magis, quàm actio quælibet ex contractu, cui doli præſtatio ineſt *l. 152. §. 3. Reg. jur.* Fur ſemper dolo facit, quò minus rem ablatam reſtituat *fac. l. 157. §. 1. de Reg. jur.* & ſæpe contrectat, *l. 6. de furt.* quoniam aſſidua contrectatione fungi fingitur *l. 9. in princ. d. tit. de furt.* adeoque perpetuò & furtum facere, & moram facere *l. 8. §. 1. l. vltim. de Condict. furt.* Quid ergo? ex ſententia Fabri nulla neceſſitas, aut æquitas, vt iſte dolus, iſtaue doloſa contrectatio, *fac. l. 1. §. vlt. de furt.* vindicentur, in

tur, in Condictione verſatur; quaſi verò dolus & doloſa furis contrectatio non eo ipſo vindicentur ſatis, quòd tam multis actionibus, & inter haſce condictione etiam furtiua, contra regulas juris communis, ad rei ablatæ reſtitutionem fur compellatur *d.* §. *14.* Poſtremò iſta Aduerſarii doctrina, quando præſupponit actiones aliquas ex delicto merè rei perſecutorias ſolo fauore Actoris eſſe introductas, citra vllam delicti conſiderationem, nedum coërcitionem, vel ideo minus ferenda videtur; poſteaquam generalis ſit regula, fauorabiliores Reos potius quàm actores haberi *l. 125. l. 41. Reg. iur. l. 38. de Re iudic. l. 47. de Obl. & Act. l. 5. de pœn.* Idque nec immerito. In actore maior juſtitia requiritur, quàm in Reo, Bald. *in l. vlt. num. 8. C. de Edict. diu Hadr.* Veſemb. *conſil. 18. num. 15.* Vnde in judicio ſemper eius conditio ferè durior & deterior eſt, quàm Rei, Pruckman. *conſil. 8. num. 293.* Sed fere: In litis namque præparatorijs actores vulgò fauorabiliores eſſe dicuntur *fac. l. 8. in princ. D. Qui ſatiſd. cog.* ibi Gothofr. *arg. l. 66. de iudic.* Regula, quæ non vſque adeò abſurda videtur Bachouio *in not. ad Treutl. tit. de Satiſdation.* eo quòd Rei ſemper præſumantur detrectare judicium, qua de cauſa à Græcis φεύγοντες, & non ſemel à Iuſtiniano *fugientes* appellētur eoque reſpexerit. Azo, quem referunt Baldus &

dus & Caſtrenſis *ad d.l.8. Qui ſatiſd.cog.* dixiſſe in initio magis fauendum actori, vt admittatur: in medio parem actoris & Rei rationem habendam eſſe, vt veritas eruatur, in fine magis fauendum Reo, vt abſoluatur. Ex quibus ſic breuiter cognoſcitur; quàm periculoſè adſeruatur, eſſe aliquas actiones ex delicto merè rei perſecutorias, quibus ſolus actoris fauor cauſam dederit. Quamuis non ignorem extare apud Alciatum *ad l. vnic. D. Si quis juſdic. non obt.* ac ſi omnis actio ex maleficio in fauorem Actoris oriatur. Atat aliter hoc capiendum, quàm vt credere debeamus, nedum tradere, actiones aliquas eſſe ex maleficio, quibus ſolus actoris fauor cauſam dederit, non delictum, ex quo oriuntur, & ſine quo non inſtituuntur. Iuſtitia cauſæ intuenda eſt; nullus vllius perſonæ fauor ſolus, ſola vllius actionis cauſa eſt.

CAP.

Cap. III.

Actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredem dari de eo, quod ad eum peruenit, non in ſolidum. Et ex qua natura.

Actiones ex delicto aut ſunt pœnales, aut rei perſecutoriæ. Pœnales iterũ aut ſunt meræ pœnæ perſecutoriæ, aut partim pœnæ, partim rei perſecutoriæ, quæ idcirco mixtæ adpellentur §. *17. Inſt. de Act.* Rei deinceps perſecutoriæ aut ſunt merè rei perſecutoriæ, aut merè rei perſecutoriæ ſed pœnæ nomine conceptæ. De natura merè pœnaliũ actionũ, eas nempe aduerſus heredes ne quidem de eo, quod ex delicto defuncti ad eos peruenit, exerceri poſſe tractatũ eſt ſuprà, *lib. 1. c. 14.* De natura actionum mixtarum, eas nempe aduerſus heredes non dari, niſi hactenus, vt lucrum eis extorqueatur, expoſitum itidem *ſupra libr. 1. cap. 15.* De natura denique actionum merè rei perſecutoriarum, ſed pœnæ nomine conceptarum, tum etiam à mixtis quemadmodum differant, ſimiliter oſtenſum eſt, *ſupr. libr. 1. cap. 17.* ſupereſt hoc loco, vt actionum ex delicto merè rei perſecutoriarum, & non pœnæ nomine aut in delictum conceptarum, quatenus aduerſus heredes tutum ſit eas conce-

condere, naturam exſequamur. Ac adeò vt ea eò exactiùs intelligatur, non inutile fuerit, vt per *Leges*, & exempla in ijs ſingulæ ex delicto actiones ſuæ prius claſſi adſcribantur, ſi non omnes, ſaltem præcipuæ. De actionibus autem merè pœnalibus tractatur *in l. 1. de priv. del. l.* CXI *in fin. de Reg. Iur. l. 15. C. de furt. l. 13. l. 15. §. 14. D. de Injur. l. vlt. de pop. act. l. 24. de in ius vocand. l. 3. in princ. & fin. de ſepulchr. viol. l. 2. in fin. D. vi bon. rapt. l. 16. de iudic. §. fin. Inſtitut. de obl. ex quaſ. maleſ. l. 7. §. vlt. D. Naut. Caupon. l. 21. de liberal. cauſ. l. vnic. §. vlt. Si quis iuſdic. non obt. l. 32. Ad L. Falcid. l. 9. in fin. l. 10. de tut. & rat. diſtrah. l. 7. de iuriſd. l. 5. §. vlt. D. ne quis eum. l. 48. in princ. l. 54. §. 3. de furt. §. 1. Inſtitut. de perpet. & temp. act. l. 15. §. 3. Ad SC. Turpil. l. 2. §. 4. de collat. bon. l. 33. de Obl. & Act. l. 1. §. 17. D. Si is qui teſt. lib. l. 5. §. 5. §. ult. de his qui effud. l. 25. §. 2. Ad SC. Syllan. l. 3. de term. mot. §. 18. Inſtitut. de Act. l. 6. de publ. iudic.* De actionibus mixtis accipiendæ ſunt *l. vnic. C. ex del. def. l. 14. §. 5. l. 16. §. fin. D. Quod met. cauſ. l. 1. l. 5. de Calumn. §. 19. Inſtit. de Act. §. 24. Inſtit. de Act. l. 35. de Obl. & Act. l. 38. de Reg. Iuris. l. 23. §. 8. ad L. Aquil. §. 9. Inſtit. ad L. Aquil. l. 1. §. 23. l. 2. in fin. de tut. & rat. diſtrah. l.* CXI. *§. 1. de Reg. Iur. l. 6. de public. iudic. l. 14. l. 12. ad L. Cornel. de falſ. l. 1. l. 4. in fin. de incend. ruin. §. 25. Inſtitut. de Act. l. 5. §. 2. l. 9. §. 2. & 3. l. 14. §. 5. de ſeru. corr. §. 23. & 24.*

Inſtit.

Inſtit. de Act. l. 13. de ſeru. corr. l. 1. l. 7. §. 7. l. 8. in princ. arb. furt. cæſ. l. 4. §. 7. & 11. D. vi bon. rapt. l. 1. in princ. de Tign. iunct. de merè rei perſecutorijs, ſed pœnæ nomine conceptis, loquuntur *l. 7. §. 2. l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de reb. auth. iud. poſſ. l. 3. §. pen. Si menſ. falſ. mod. dix. l. 1. §. 8. D. ne vis fiat ei l. 1. §. 4. l. 26. D. de dol. mal. l. 1. de vi & vi arm. l. 15. §. 3. Quod vi aut clam. l. 1. §. 6. de eo per quem l. 6. §. 4. l. 8. §. 1. l. vlt. D. de edend.* Ad merè denique rei perſecutorias, in quibus nulla pœnæ figura, nedum mixtura, referendæ ſunt *l. vnic. C. ex del. def. l. 11. in fin. l. 17. in fin. l. 28. in fin. l. 29. de dol. mal. l. 1. §. fin. l. 2. l. 3. §. 1. de vi & vi arm. l. 35. de Oblig. & Act. l. fin. C. Rer. Amot. l. 12. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. l. 8. §. vlt. de precar. l. 3. §. 12. de pecul. l. 2. C. vnde vi. l. 3. in fin. D. Rer. Amot. l. 9. de Religioſ. & l. 44. l. 127. de Reg. Iur. l. 12. in fin. D. ad exh. l. 20. in fin. de Accuſ. l. 20. §. 8. l. 22. de nou. op. nunt. l. 3. §. pen. de tab. exhib. l. 4. §. fin. l. 7. de alien. iud. mut. l. 10. §. 24. l. 11. Quæ in fraud. cred. l. 1. de incend. ruin. l. 4. §. 8. vi bonor. rapt. l. 14. §. 1. Quod met. cauſ. l. 1. de Calumn.* quatenus poſt annum actiones illæ ſunt ſimpli perſecutoriæ, *l. 14. in princip. de Aq. pluu. arc.* quatenus actio de dolo poſt annum ibi datur. Neque diffiteor magis confuſè allegatas *Leges* iſtas iam aliquoties, vt pugnarent in turba. In hoc proinde capite iuſſi, ſingulæ ſtarent in ſua

acie:

acie: vt ſinguli cognoſcant, cui ordini ſingulæ adſcribendæ. Sequitur, vt ſigillatim de natura actionum ex delicto merè rei perſecutoriarum, in quibus nulla pœnæ figura, nedum mixtura, id exſequar, quod huius capitis inſcriptio promittit. Actiones autem ex delicto merè rei perſecutoriæ aduerſus heredes competunt de eo, quod ad eos ex delicto defuncti peruenit, non in ſolidum *l. vnic. C. ex del. defunct. l. 3. de publ. iud. l. 17. in fin. l. 26. l. 28. in fin. l. 29. de dol. l. 1. §. fin. l. 3. §. 1. D. de vi & vi arm. l. 35. de Obl. & Act. l. 8. §. vlt. de precar. l. fin. C. Rer. Amot. l. 9. in fin. l. 10. de reb. auth. iud. poſſ. l. 12. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. l. 127. de Reg. Iur. l. 20. in fin. de Accuſ. l. 20. §. 8. l. 22. de op. nou. nunt. l. 10. §. 24. l. 11. Quæ in fraud. credit.* Ratio iuris eſt, ne heres ex ſcelere defuncti locupletetur, ſed contrà vt turpe lucrum ei extorqueatur. Tum quoque, quòd aliàs, ſi in ſolidum darentur, hoc eſt, & ſi nihil ad eos ex delicto defuncti peruenerit, deſinerent eſſe rei perſecutoriæ, & fierent pœnales, poſteaquam pœna foret, vi delicti quod non feceris, luere, quod nunquam habueris *Fac. l. 9. Quod falſ. tut.* longiuſque progrederetur metus, quàm reperiretur delictum. Quid? delictum defuncti non debet nocere heredi, ne puniatur innocens pro nocente. Iam verò quòd ſi heres in actionibus ex delicto merè rei perſecu-

ſecutorijs vltra id, quod ex delicto defuncti ad eum peruenerit, teneretur, vtique defuncti delictum ei noceret, & per conſequens ob defuncti delictum puniretur. Atat crimina morte ſolent terminari Symmach. *9. Epiſt. 125.* perſonam delinquentis non egredi, vt vnuſquiſque ex ſuo admiſſo ſorti ſubijciatur, nec alieni criminis ſucceſſor aliquis cõſtituatur *l. 26. de pœn.* Scilicet hæc principia conuelli ſinemus ab ijs, qui volunt actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes dari, etiamſi nihil ex delicto defuncti ad eos peruenerit. Non faciemus, aut patiemur. Principia ſunt: crimina morte extingui *l. 5. de Calumn. l. 16. §. vlt. Quod met. cauſ. l. 9. de jur. fiſc. l. 12. Ad L. Cornel. de falſ.* Ibique eſſe pœnam, vbi eſt noxia *l. 21. C. de pœn.* Heredibus non licere lucrum facere ex delicto defuncti *l. 38. de Reg. jur. l. 34. de Obl. & Act. l. 4. & 12. Ad L. Cornel. de falſ.* Ideoque ſufficere ad excludendam actionem ex delicto etiam merè rei perſecutoriam, ſi non in lucro ex facinore defuncti heres verſetur *l. 3. in princ. de vi & vi arm.* Quòd ſi ita eſt, abijciatur regula, quæ non eſt regula; *actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes dari, etſi nihil ad eos peruenerit.* Quinimò hæc regula ſi eſſet regula, falſum eſſet cum morte delinquentis eius crimen extingui; falſum eſſet lucrum heredibus tantùm eſſe extorquen-

dum; falſum denique eſſet, ſufficere ad excludendam actionem, ſi non in lucro heres verſetur, cum alioquin qui factum defuncti præſtaret, etſi nihil ad eum peruenerit, plus ei extorqueretur, quàm lucrum quod nullum percepit. Aut ſi placet, expendamus cauſam, ex qua heres intelligi poſſit hoc caſu in ſolidum eſſe obligatus. Heredem eiuſdem juris poteſtatiſque eſſe conſtat, cuius fuit defunctus *l. 59. de Reg. Iur.* ſed in cauſis contractuum vel quaſi, non item delictorum vel quaſi. Defunctus qui deliquit, fuit debitor ex delicto *l. 4. de Oblig. & Act. l. 14. de hered. pet. l. 13. in fin. l. 14. de ſeru. corr. l. ſi cui de V. Obl. §. pen. Inſt. de pœn. tem. lit.* Non autem deliquit pro ſe & heredibus ſuis. Ergo nec debitor fuit ex delicto tam latè. Quòd ſi autem heres eius in ſolidum actione ex delicto rei perſecutoria teneretur, fieret neceſſariò, vt ex delicto defuncti debitor euaderet, quandoquidem ex perſona heredum conditio obligationis non immutetur *l. 2. §. 2. de V. Obl.* Eoque poſito immane dictu, quantopere principia læderentur. Primùm in eo, quod heres fieret ſucceſſor alieni criminis, *contr. l. 26. de pœn. l. ſancimus C. eod. tit.* Deinde in eo, quod delictum vltra mortem delinquentis continuaretur, *contra l. 5. de Calumn. l. 16. in fin. Quod met. cauſ. l. 26. de pœn.* aut obligatio ex delicto in

ɛ̃to in perſona heredis, vtpote quæ non deliquerit, mutaretur, *contra d. l. 2. §. 2. de Verb. Obl.* Tertiò in eo, quòd non ſufficeret, heredem non verſari in lucro, aliter quàm ſcriptum *in l. 3. de vi & arm.* Quartò, quòd delicta fierent jura & vim contractuum adipiſcerentur. Atat alia eſt cauſa contrahendi: alia delinquendi *l. 1. §. 2. de exerc. act.* In jura ex contractibus non mirum ſuccedere heredes *fac. l. 23. de Acq. poſſ.* vtpote qui ſint jurium ſucceſſores *l. 9. §. 1. de Edend.* Delicta autem ſunt facta, quæ ita inſint perſonæ, vt ab ea ſeparari poſſint nullo modo *l. 20. de pœn. l. 22. C. eod. tit.* Ant. Fab. *80. Decad. err. 3.* Qui contrahit, poſteritati ſuæ vult proſpicere *l. 9. in fin. de Probat.* pro heredibus non æquè vtile eſt, vt quis delinquat. Mors quidem delinquentis aliquando non impedit cauſam bonorum poſt mortem agitari *l. 22. Ad SC. Syll. l. vlt. Ad L. Iul. Pec.* ſed bonorum, quæ ſtatim deſierint eſſe eius, qui crimen contraxit, veluti quorum dominium fiſco fuerit ipſo iure acquiſitum *d. l. 22. l. 14. de publ. & vect.* conf. *l. vlt. Ad l. Iul. majeſt. l. 1. & 5. & vlt. C. ſi Reus vel accuſat. l. 6. l. 7. C. Ad l. Iul. majeſt. l. 20. de Accuſ. l. 2. Ad L. Iul. Rep. l. vlt. Ad L. Iul. pecul. l. 1. de his quib. vt indign. L. Lucius de Iur. Fiſc. vid. ſupr. libr. 3. cap. 1.* Alioquin ex delictis defunctorum pœnæ ab heredibus peti non poſſunt, ſi non eſt quæſtio

Kk 2 mota

mota viuo eo, qui deliquit *l. 33. de Oblig. & Act.* Scilicet adhuc volunt vti ea regula, cujus vi volunt actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum dari. Regula, quæ non eſt regula, ſed merus error. Regula, quæ non proficiſcitur ex principijs, ſed it contra principia. Regula denique, quæ non eſt poſita à Legiſlatore Romano, ſed arripitur ex cerebro priuato contra omnes leges, contra omnem rationem. Quid? obligatio ſuâ naturâ ad heredes tranſitoria ſi reſtricta eſt ad certam perſonam, non tranſit ad heredes *fac. l. 8. §. 3. de liberat. legat.* ibi *Dd.* Quantò minùs tranſire poſſit obligatio ex delicto, quæ merè perſonalis adeò, vt naturâ ſuâ reſtricta ſit ad perſonam, quæ deliquit. Ne cæteroquin delictum perſonæ non tam cohæreret, quàm rei, quæ abeſt, & non deliquit, tum etiam actio ex delicto ad perſonam delinquentis non foret reſtricta, ſed vel poſt mortem eius hereditaria exiſteret. Quod nuſpiam ſcriptum & contra rationem eſt, damnandumque vel propterea, ne alter pro altero puniatur, ſicuti eueniret, ſi heres ex dilicto defuncti, quod non percepit, ac ſi percepiſſet, ſoluere compelleretur. Perſonalia non egrediuntur ſuum indiuiduum §. *6. Inſt. de iur. nat. l. 1. §. 2. de conſt. princ. l. 45. de Arbitr. l. 12. l. 13. Solut. Matrim. l. 7. de except.* delictane aut actio-

actiones ex ijs an egrederentur? Ita eſt: vt heres adeundo hereditatem videatur quaſi contrahere *l.3.§.fin.l.4. Quib. ex cauſ. in poſſ. l.3.§.11.de pecul.* eoque contractu actiuè & paſſiuè defuncto ſubrogari. Atat id admittimus demum, admittente obligatione defuncti obligationem & ſubrogationem heredis. In delictis autem vel quaſi, aditione hereditatis induci non poteſt talis quaſi contractus, qui cum defuncto non prius interceſſerit. Aut noua fabricanda ſunt principia, negligendaq; ratio, qua moti ſunt Prudẽtes. Quòd ſi regeras, heredi poſſe imputari, cur adierit, reſpondeo in cõtractibus vel quaſi jus tale obſeruari: in cauſa delictorum non vſque adeò inhumanè cum eo agendum, vt verbis vtar Antonij Fabri *in Rational. ad l. 26. de dol.* Sin adhuc aliud placet, cur non ad jus Canonicum imus? quo ſtatutum eſt, quemlibet heredem ad exonerandam defuncti conſcientiam actionibus ex delicto teneri, etiam lite cum herede non conteſtata, in quantum vires hereditariæ patiuntur; *vid.* Canoniſt. *ad. c. vlt. extr. de ſepulchr. vid.* Gloſs. *ad Rubric. C. ex del. def.* Iul. Clar. *5. ſent. §. vlt. quæſt. Si.* Gothofr. *ad l. 6. de public. jud.* Gomeſ. *3. var. reſ. c. 1. num. 85.* Couarr. *2. var. reſolut. 3. num. 7.* Cacheran. *deciſ. 125. num. 6.* Farinac. *1. quæſt. crimin. tit. de Inquiſ. q. 10. num. 64.* Fachinæ. *9. controuerſ. 5.* Petr.

Fabr. *ad l. 86. & 87. de Regul. jur.* Arnold. ab Haerſolte *in aduerſar. Action. 20. num. 10.* Petr. Coſtal. *ad l. 16. Quod met. cauſ.* Aut quanto grauius jure Cæſareo cum heredibus ageretur, ſi actionibus ex delicto, in quibus rei perſecutio verſatur, in ſolidum conueniri tolerarentur, hoc eſt, etiam vltra vires hereditarias. Vbique debet conſtare juſtitiæ ſua proportio. Quocirca, ſi placet, hoc firmum & ſtabile ſit, actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes competere in quantum ad eos peruenerit. Tantum abeſt, vt feramus regulam conſtitui, ac ſi aduerſus heredes in ſolidum competerent. De Actionibus ex contractu vel quaſi, etſi delictum in eo etiam verſetur, id facilè conceſſerimus *l. 49. de Obl. & Action.* Quandoquidem contractus ceu principale tunc totum facere cenſeatur; delictum verò ceu quid coïncidens conſiderari duntaxat, quod proinde contractus naturam, quæ ad heredes amet tranſire, nequeat ſiſtere *l. 12. de Obl. & Act.* Veluti actio ſubſidiaria contra Magiſtratum, quoniam eſt ex quaſi contractu inter illum & pupillum *fac. l. 5. §. tutelæ de Obl. & Act.* non obſtante dolo vel lata culpa, qui quæue interuenerit, inſolidum aduerſus heredes datur *d. l. 12. l. 49. de Obl. & Act. l. 1. C. de hered. tut. l. 2. C. de Magiſtr. conu. l. 8. de fidejuſſ.* Obiter quod interſerimus hoc loco,

loco, ne adſentiatur quis temere Ioan. Oldendorpio ex quaſi delicto hanc actionem deducenti *4. claſſ. act. 37.* Nam vbi ex delicto vel quaſi fuerit actio, inuertendam eſſe regulam contendo, dicendumque ex eo actiones quæ proficiſcuntur, in heredes vltra id, quod peruenit, non tranſire, licet meram rei perſecutionem contineant, eâdem ſed inuerſa ratione; ne rei perſecutio, quæ incidit, vincere poſſit delictum, ex quo principaliter actio competit.

Cap. IV.

Actiones ex delicto merè rei perſecutorias, & arbitrarias aduerſus heredes competere, in quantum peruenerit; ſed non propter arbitrium iudicis.

Actiones ex delicto merè rei perſecutorias, ſi quæ arbitrariæ ſunt, qui ſeparant à cæteris merè rei perſecutorijs, ac ſi hæ, ſi pœnæ nomine conceptæ non ſint, in ſolidum aduerſus heredes competant; arbitrariæ verò de eo tantùm, quod peruenerit. Mouentur, quod actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ & arbitrariæ, vtut non ſint pœnales, & actoris fauorem quoque reſpiciant, quia tamen non tam per ſe & ſui natura perſecutionem rei contineant, quàm

arbitrio judicis inter litigatores cognoſcentis, ſi prætoriæ ſunt, neque dari poſſint poſt annum, neque in heredem, niſi de eo, quod peruenit. *Non poſt annum, quia cum non niſi arbitrio judicis perſecutionem rei contineant, arbitrium autem judicis nullum eſſe poſſit, antequã datus ſit, conſequens ſit, vt ſi ante annum neque petitus, neque datus ſit, actio moueri poſtea non poſſit, tanquam quæ nunquam talis fuerit, vt rei perſecutoria dici potuerit. Non in heredem in ſolidum, ſed de eo, quod peruenit, quia nunquam arbitrium judicis tale eſſe poſſit, aut debeat, vt is, qui conuenitur, iubeatur reſtituere id, quod neque ipſe habeat, neque dolo deſierit habere niſi cum apparet id aliquando eum habuiſſe arg. l. 22. §. ſed enim D. Ad SC. Treb.* Hæc extant *76. Decad. err. 6.* Indignor, nulla ex lege aut bona ratione probationes tam friuolas confirmari, tanta tamen cum confidentia proponi in tanta juriſprudentiæ luce. Quid ita? primùm actiones arbitrarias, non naturâ ſui, ſed arbitrio judicis rei perſecutionem continere, falſiſſimum eſt. Deinde actiones ex Edicto Prætoris arbitrarias, propterea poſt annum non durare, eoquod, ſi ante annum neque petitus neque datus ſit judex, actio moueri poſtea non poſſit, vaniſſimum eſt. Tertiò, ſi ante annum judex neque petitus neque datus ſit, propterea ex Edicto arbitrariam actionem nunquam talem fuiſſe cẽſeri,

ſeri, vt rei perſecutoria dici potuerit, verum non eſt. Quartò, actionem arbitrariam ex Edicto non in ſolidum, ſed de eo, quod peruenit, propterea dari, quòd nunquam arbitrium judicis tale eſſe poſſit aut debeat, vt is, qui conuenitur, iubeatur reſtituere id, quod neque ipſe habeat, neque dolo deſierit habere, ficulneum valde eſt; tum etiam actionibus ex delicto merè rei perſecutorijs cæteris, quæ non arbitrariæ, commune. Neque, ne quis dubitet, ſingula hæc ad lapidem juris examinare grauabimur. Quare, quod ad primum attinet, publiciana, Seruiana, de rebus coloni, quaſi Seruiana, quæ etiam hypothecaria vocatur, actio ad exhibendum, actio de eo, quâ, quod certo loco promiſſum eſt, petitur, ſunt actiones arbitrariæ §. *31. Inſt. de Action.* Quid an ergo non naturâ ſui & per ſe rei perſecutoriæ eſſent, ſed arbitrio judicis inter litigatores judicantis? Quaſi verò judici dato & priuato liceat haſce & ſimiles actiones facere rei perſecutorias, pronuntiato de modo reſtitutionis faciendæ arbitrio: aut efficere, ne ſint rei perſecutoriæ, negato rei reſtituendæ modo. Si quidem hoc eſſet, non per ſe & ſuâ naturâ eas eſſe rei perſecutorias, ſed arbitrio judicis volentis eas facere tales, aut nolentis. Iam vnde hæc noua juriſprudentia? Sine lege loqui eſt contra legem loqui. Quod mi-

ramur: nulla vtuntur lege ad jus tam inſolens adſtruendum. Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices, arbitroſue de quacunque re quæritur, ſumma diuiſio in duo genera deducitur: aut enim in rem ſunt, aut in perſonam §. *1. Inſtit. de Act.* Inter actiones, quæ ſuâ naturâ in rem ſunt, publiciana, ſeruiana & quaſi ſeruiana connumerantur §. *3.* §. *4.* §. *7. Inſt. de Act.* Non igitur rei perſecutio, quam habent, ab arbitrio judicis vel arbitri dependet, ſed quales ex juriſdictione Prætoris ſunt §. *3: Inſt. de Action.* tales naturâ ſunt, non per accidens, veluti accedente demum judicis arbitrio. Aut videamus, ne falſum eſſet, quod veriſſimum eſt, ex ipſius Prætoris juriſdictione ſubſtantiam eas capere, §. *7. Inſt. de Action.* ſubſtantiam, id eſt, realem ſuam naturam, qua gaudent. Iam deinceps quo ſenſu publiciana, ſeruiana, & quaſi Seruiana, item actio ad exhibendum non arbitrio judicis vel arbitri ſunt rei perſecutoriæ, ſed natura ſua *fac.* §. *27. Inſtit. de Act.* ita actio *de dolo* Actio *Quod metus cauſa*; Actio *de alienatione iudicij mutandi cauſa*, quatenus rei perſecutio eis ineſt, eam ex natura ſua, quam Legiſlator eis contulit, habent, non vt dependeant ab arbitrio judicis permittentis aut nolentis actorem per eas rem perſequi. Dogma nuſpiam relatum. Quid? actionum arbitrariarum naturâ tacitè

conti-

continetur, vt qui judicis iuſſu ipſam rem reſtituat actori, abſoluatur, *d. §. 27.* Ius autem illud iubendi, quod in euentum obedientiæ reipſa præſtitæ abſolutionem parit, in euentum contumaciæ vlteriorem condemnationem cauſatur, per accidens actionibus arbitrarijs ineſt *d. §. 27. Inſt. de Action.* Si quidem adeſſe poſſit & abeſſe naturâ actionis neutiquam læſâ. Rei verò perſecutio quæ & quà eis ineſt, de natura actionum eſt, non qua ſunt arbitrariæ, ſed quà ſunt vel in rem, vel in perſonam rei perſequendæ gratia comparatæ *§. 17. Inſt. de Act.* nec poteſt abeſſe naturâ talium actionum ſalua. aut obſecrò quàm malè diceretur, omnes actiones in rem & ferè omnes in perſonam rei perſequendæ cauſa eſſe comparatas *d. §. 17.* ſi quædam contra naturam ſui ex arbitrio judicis rei perſecutionem continerent. Exceptio, inquies, nuſpiam cognita. ac rectè omnino. Quid enim actio *de eo, quod certo loco* quoniam ex contractu eſt, ideo rei perſequendæ cauſa comparata eſt *d. §. 17.* Quòd ſi autem auctorem iſtum ſequeremur, contra naturam ſui eam eſſe talem dicendum eſſet. In actionibus arbitrarijs ſicuti permittitur judici ex bono & æquo ſecundum cujuſque rei, de qua actum eſt, naturam æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri velit *§. 31. Inſt. de Act.* Ita non aliter iſtud quoque

permiſ-

permiſſum intelligitur, quàm ſecundum cujuſque actionis, qua agitur, naturam. Aut vide ſis, ne ſatisfactio facienda, de qua ageretur, diſſideret ab actione, qua ageretur. Quid ita? Arbitrium judicis aut intercedit, aut non intercedit. Intercedere ſolet, ſatisfactionem arbitratu judicis vel exigente Actore, vel offerente Reo. Aut non intercedit, petitâ oblatâue nulla ſatisfactione arbitrio judicis. Illo caſu quæ demum ſatisfactio fieret arbitratu judicis, ſi actio, quæ per ſatisfactionem iſtam tolleretur, non per ſe & ſuâ naturâ eſſet rei perſecutoria? Similiter hoc caſu de rei reſtitutione vel ſolutione facienda judex male pronuntiaret, ſi naturâ ſuâ rei perſecutionem non haberet actio, de qua citra arbitrium pronuntiaret. Præſertim cum inter arbitrarias actiones, quæ referuntur *in §. 31. Inſtit. de Act.* nulla actio merè pœnalis referatur. Ac id quidem nec immerito. Intereſt Reipublicæ, ne delicta maneant impunita. Minùs autem punirentur, ſi reſtitutione vel ſolutione arbitrio judicis ante condemnationem oblatâ Reus euitare condemnationem tolerarerur. *Fac. l. qui ea mente D. de furt. §. 27. Inſtit. de Act.* Ergo quod ſi ita eſt, vt eſt ſane, nulla ex delicto actio erit arbitraria, quæ naturâ ſuâ deſtituatur rei perſecutione. Omnino rectè. Natura expreſſa clariùs agnoſcitur, quàm tacita,

cita. Ex maleficijs proditæ actiones aliæ tantùm pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ ſunt: aliæ tam pœnæ quàm rei perſequendæ, & ob id mistæ ſunt *§. 18. Inſt. de Act.* Sic prima, præcipua & expreſſa natura eſt actionum ex delicto; vtrum ſint merè pœnales, an verò partim pœnales, partim rei perſecutoriæ, aut etiam merè rei perſecutoriæ. Alia & tacita eſt natura ea, à qua actiones aliquæ, quæ tacitam eam naturã habent, appellantur arbitrariæ *§. 27. §. 31. Inſtit. de Act.* Alterum, nec melius dogma eſt, dum aiunt, actiones ex delicto atque Edicto prætoris arbitrarias propterea poſt annum non durare, *quòd, cum non niſi arbitrio judicis rei perſecutionem contineant. Arbitrium autem judicis nullum eſſe poſſit, antequam datus ſit, conſequens ſit, vt ſi ante annum neque petitus neque datus ſit, actio moueri poſtea non poſſit.* Amabo te, hæc ratio ecquam habet rationem? Præſupponit vir Ampliſſimus eſſe actiones aliquas prætorias, quæ non niſi arbitrio judicis rei perſecutionem habeant. Euidens error, prout jam demonſtratum abundè. Quid? arbitrium poſtea interpoſitum an efficere poſſet, vt actio aliqua fieret rei perſecutoria, quæ eo tempore, quo inſtitueretur, non fuiſſet rei perſecutoria? non certè. Naturam, quam vnaquæque actio habet, ſi rectè inſtituta eſt, arbitrio ſuo judex ſtabilit, non immu-

immutat, nedum vt poſſet eam facere rei perſecutoriam, quæ citra arbitrium non eſſet rei perſecutoria. Deinde ecquæ ratio? ait, ſi ante annum neque petitus neque datus ſit judex, actionem prætoriam ex delicto quæ arbitraria ſit, poſtea moueri non poſſe. Quaſi verò actio prætoria ex delicto pœnalis, & annalis, non arbitraria, etſi ante annum neque petitus neque datus fuerit judex, poſtea moueri poſſit. Non aliud ex eo videtur poſſe concludi. Atat ecquæ iſta differentia, & vnde probãda? Actiones ex delicto honorariæ tam illæ, quæ nõ arbitrariæ, quàm quæ arbitrariæ ſi rei perſecutionẽ continent, etſi intra annum neq; petitus neq; datur fuerit judex, durant & moueri poſtea poſſe nuſpiam prohibentur *l.35. de Obl. & Act.* Quid ergo? fatetur vir Doctiſſimus *89. decad. err. 6.* omnes actiones ex delicto honorarias, quæ natura ſua rei perſecutionem habent, perpetuas eſſe *iuxt. d. l. 35.* Sed non item arbitrarias, eoquod non per ſe & ſua natura, ſed arbitrio & officio judicis rei perſecutionem contineant *d. loc.* Quaſi verò actiones vllæ arbitrariæ dari poſſint, quæ naturâ ſuâ citra arbitrij intuitum rei perſecutione deſtituantur *vid. ſupr.* Scio afferri exemplum actionis *de alienatione judicij mutandi cauſa facta*, ac ſi non vnius anni finibus circum-ſcripta fuiſſet *iuxt. l. 5. & 6.* niſi arbitraria foret *vid. 89. decad.*

decad. err. 6. Quod ipſum non eſt ita. Actiones in dolum conceptæ anno finiuntur *d. l. 35. de Obl. & Act. l. 9. Quod à falſ. tut. geſt. l. 9. & 10. de Reb. auth. iud. poſſ.* & tamen naturâ ſuâ rei perſecutione non deſtituuntur *vid. ſupr. libr. 1. c. 17.* Harum actionum naturam habet actio *de Alienatione iudicij mutandi cauſa facta vid. tot. tit. & infr.* cum ſpecialiter de natura huius actionis diſſeretur. Non ſane vt anno circumſcribatur actio aliqua, eoquòd ſit arbitraria. Aut adſpiciamus actionem *Quod metus cauſa.* Hæc notoriè ex delicto eſt, in rem ſcripta, arbitraria & annalis §. *27. Inſt. de Action. l. 9. in fin. l. 14. §. 1. & §. 4. Quod met. cauſ.* Iam verò cur in rem ſcripta? an quòd non per ſe & natura ſua, ſed arbitrio iudicis rei perſecutionem contineat? non ſane. Quia enim præter pœnam per ſe & natura ſua rei perſecutionem habeat, ideo in rem ſcripta eſt, & heredibus datur *d. l. 14. §. 2. l. 16. §. 2. Quod met cauſ.* cur annalis? an quòd arbitraria? non ſanè. Annalis eſt, quoniam ex propria prætoris iuriſdictione pendeat, cuius imperium nemo ignoret annuum fuiſſe *in princ. Inſt. de perp. & temp. act.* Tum maxime, quandoquidem vnà pœnalis ſit & non merè rei perſecutoria *fac. d. l. 35. de Oblig. & Act.* niſi cum poſt annum in ſimplum hæc actio impetratur *iuxt. d. l. 14. §. 1. Quod met. cauſ.* Enimuero tunc merè rei perſecutoria vtut

ſit,

ſit, nihilominus arbitraria eſt *iuxt. l. 14. §. 4. Quod met. cauſ.* propter reſtitutionem rei, quæ facienda cum fructibus & omni cauſa *d. l. 14. §. 7.* arbitrio judicis, ſi velit euitare condemnationem, *fac. d. l. 14. §. 4.* Tantum abeſt, vt propterea annalis eſſet, quoniam arbitraria ſit, prout Aduerſarij opinantur. Neque magis ferendus error, quem errant, dum aiunt, ſi in actionibus ex delicto arbitrarijs ante annum judex neque datus neque petitus ſit, propterea actionem ex delicto prætoriam & arbitrariam nunquam talem fuiſſe cenſeri, vt rei perſecutoria dici potuerit. Quid ita? primùm inde ſequeretur, ſi judex ante annnm petitus & datus fuerit, actionem eam cenſeri per ſe & natura ſua eſſe rei perſecutoriam. Quod tamen vix eſt, vt vſpiam admiſerint. Quamuis malè *vid. ſupr.* Deinde etſi non petitus, nec datus fuerit judex intra annum, propterea minùs verum eſt, intra annum actionem arbitrariam, de qua quæritur, de jure cenſeri rei perſecutoriam, etſi de facto intra legitimum tempus non exercitam. Aut videamus, ne eodem modo actiones cæteræ arbitrariæ, veluti rei vindicatio, publiciana, de eo quod certo loco, ſi intra triginta vel quadraginta annos iudex neque petitus, neque datus fuerit, dici poſſent vnquam fuiſſe naturâ ſuâ rei perſecutoriæ. Quinimo de jure fuerunt rei perſe-

perſecutoriæ etſi de facto nunquam in judicium deductæ ſint. Ita eſt, morte ſua (veluti tempore ſecundum conſtitutiones elapſo) deſierunt eſſe rei perſecutoriæ non tantùm , ſed & eſſe actiones deſierunt. Quid tum ? Quamdiu viuunt, actiones ſunt, & natura ſua rei perſecutionem habent , quæ eam habent naturam. Poſtremò ſcribunt, actiones ex delicto prætorias & arbitrarias in heredem de eo, quod peruenit, & non in ſolidum propterea dari, quòd nunquam arbitrium judicis tale eſſe poſſit aut debeat, vt is, qui conuenitur, iubeatur reſtituere id, quod neque ipſe habeat, neque dolo fecerit, quò minùs haberet. Quaſi verò ſi in arbitrarijs hoc æquum ſit , non eadem ratione idem obtinere debeat in actionibus ex delicto cæteris non arbitrarijs ? Aut vbi teſtimonia , quæ iſtam differentiam nobis comprobent ? nulla adferuntur , quoniam nullis adiuuantur, qui in haſce anguſtias rediguntur. Quid enim, ſi judex arbitrari nequeat, aut non debeat, vt heres reſtituat vel ſoluat plus , quàm ad eum peruenerit, ecqua fronte in actionibus cæteris ex delicto, non arbitrarijs ſententiam ferre toleraretur de præſtando ſolido ? Cum adſpicimus vindicationem,Publicianam,Seruianam & quaſi Seruianam, ita eſt, vt iudex vi permiſſi arbitrij injungere heredi poſſit nullam rerum

Ll reſtitu-

reſtitutionem, quarum poſſeſſio ad eum non peruenerit. Verumenimuerò in promptu eſt ratio, quòd non conueniatur, quà eſt heres, ſed quà poſſeſſor. Aliter profectò quàm in actionibus perſonalibus non iſtam habẽtibus naturam: veluti actio *de eo, quod certo loco* ex contractu proficiſcitur, & contra heredem non negatur, etſi nihil ad eum peruenerit. Quòd ſi autem Aduerſarios audiremus, quandoquidem actio hæc ſit arbitraria §. *31. Inſtit. de Act.* & nunquam arbitrium iudicis tale eſſe poſſit, aut debeat, vt heres, qui conuenitur, iubeatur reſtituere id, quod neque ipſe habeat, neque dolo deſierit habere, fieret, vt & hæc actio aduerſus heredem competeret non vltra, quàm ad eum peruenerit. Quo ecquid alienius? Breuiter vnde cernimus, quàm imprudenter iſta viro doctiſſimo, & fortean iſta cum ſcriberet, occupatiſſimo exciderint, dum *nunquam* (hoc eſt ſine vlla diſtinctione inter actionem realem & perſonalem, item inter actionem ex contractu & delicto arbitrariam) arbitrium iudicis potuiſſe interponi ſtatuit vltra, quàm ad heredem peruenerit. Aut ſi de ſolis ex delicto actionibus arbitrarijs velit intelligi, ad quid vſus fuit *l. 22. §. 3. ad SC. Trebell.* vbi nulla actionis ex delicto, nedum arbitrariæ mentio? Vt non dicam, in contractibus ſi heres eiuſdem ju-

ris poteſtatiſque ſit, cuius fuit defunctus, & hoc principium propter arbitrij qualitatem non poſſit immutari in actionibus arbitrarijs, quæ ſunt ex contractu. Quanto minùs fore, vt natura actionum arbitrariarum ex delicto immutaretur ob adſumptam arbitrij qualitatem. Sed enim immutaretur, ſi quæ merè rei perſecutoriæ ſunt & non arbitrariæ, aduerſus heredem in ſolidum darentur; arbitrariæ verò de eo, quod peruênit duntaxat. Poſteaquam ex maleficio actiones (extra quam merè pœnales) promiſcuè omnes aduerſus heredes non vltra dentur, quàm ad eos peruenerit, *iuxt. l. vnic. ex delict. defunct.* omnes tam cæteræ quàm arbitrariæ. Ratio, quæ facit, vt rationem, quâ vtuntur, omnibus quoque adcommodemus. Quid ita? *Ecquis*, inquiunt, *æquum putet condemnari heredem arbitraria actione ob id ſolùm, quòd non reddat eam rem, quam non poſſit reddere, ideo quia nunquam eam habuerit. Prius enim eſſe, vt reſtituendi facultatem Reus habeat, quàm vt reſtituere iubeatur l. 9. de R. Vind.* Rectè dicimus, hanc rationem conuenire omnibus actionibus promiſcue ex delicto, idque propter delictum defuncti, ex quo æquum non ſit, vt heres teneatur vltra, quam habuerit, *vid. ſupr. hoc libr. cap. 2.* non propter arbitrium. Defunctus deliquit, heres non deliquit. Quid ni ergo melior con-

ditio eſſe debeat heredis, quàm defuncti? Nam ſi reſpondeas, etiam ex defuncti facto perinde teneri heredem, atque ex ſuo proprio. Replicabo id non habere locum in actionibus ex delicto. *vid. ſupr. d. libr. 4. cap. 2. libr. 1. cap. 16.* aut ignorare principia *vid. ſupr. libr. 1. cap. 11.* Tum in actione reali, de qua allegant *l. 9. de Rei vind.* heres tenetur, in quantum poſſidet, talem ei non tam conciliante naturam arbitrio, prout putant, quàm natura actionis in rem. Plane vt mirer, quare iuxta naturam actionis realis, quæ arbitrariæ, æſtimare non dubitarint naturam actionum arbitrariarum & perſonalium ex delicto. Scilicet haud aduerterunt arbitrium, à quo arbitrariæ appellantur actiones, quæ eam habent naturam, non mutare naturam propriam & eſſentiam actionum, quam habent citra arbitrij intuitum. Quid ita? actiones reales naturam realem, quam habent, retinent, vtut ſint arbitrariæ: perſonales naturam perſonalem. Aduerſarij verò, quia vident in actione reali arbitrium, quo res iubetur reſtitui, non extendi vltra quàm à Reo poſſidetur, regulam inde extruunt ac ſi nulla actio arbitraria vltra id, quod ab herede habetur & reſtitui poteſt, aduerſus heredem competere poſſit obſtante natura arbitraria. Quod inauditum eſt. In actione arbitraria perſonali ex contractu

heres

heres in ſolidum tenetur. In actione arbitraria perſonali ex delicto, in quantum ad eum peruenit. In actione reali arbitraria, in quantum poſſidet. Adeò vnaquæque actio ſuam habet & retinet naturam, vtut arbitrium interceſſerit, immutabilem. Adhuc ſcribunt *80. Decad. err. 4.* in actione qualibet arbitraria conueniri quidem heredem, & teneri ea ipſa actione, qua defunctus teneretur, nec alio quam heredis iure; quippe qui non teneretur, ſi heres non eſſet. *attamen non condemnari tanquam heredem, nec quia heres ſit, ſi proximam & immediatam condemnationis cauſam reſpicias, ſed ob propriam ſuam contumaciam, quia noluerit arbitrio iudicis obtemperare.* Omnia malè. In actione reali arbitraria heres tenetur ea ipſa actione, qua defunctus tenebatur, ſed alio quàm heredis iure, quippe qui non teneretur, ſi poſſeſſor non eſſet. Plane vt non ſit verum in qualibet actione arbitraria heredem non condemnari tanquam heredem, aut quia heres ſit, ſi proximam & immediatam condemnationis cauſam reſpicias, ſed ob propriam ſuam contumaciam, quia noluerit iudicis arbitrio obtemperare. Quin adſpiciamus actionem arbitrariam ex ſtipulatu, vel ex teſtamento *de eo, quod certo loco.* Quòd ſi Aduerſarios ſequeremur, huiuſcemodi actiones arbitrariæ darentur aduerſus heredem, here-

dis quidem jure, ſed heredem non tamen condemnari contingeret tanquam heredē, nec quia heres ſit, ſed ob propriam ſuam contumaciam, qua arbitrio recusârit obtemperare. Iuriſprudentia inaudita. Aut ecquis ignoret in actionibus ex contractu, vel quaſi *de eo, quod certo loco* heredem tanquam heredem, id eſt, ex perſona defuncti conueniri & condemnari in ſolidum, vtut ſint arbitrariæ. Plane vt paradoxum ſit, nullas arbitrarias actiones vnquam jure hereditario tranſire in heredem, in eoque differre à cæteris, quæ ſiue bonæ fidei ſint, ſiue ſtricti juris, aduerſus heredem competunt eo ipſo modo, quo contra defunctum ipſum competebant, nec aliud quippiam adferre poſſe abſolutionem, quam ſi heres, qui hereditariam obligationem ſuſcepit, ei ſatisfaciat. Paradoxum, quod ingenua ingenia nunquam admittent. Immo quot in eo ferè ſententiæ, tot errores. Primus eſt, actiones arbitrarias omnes, & ſic quoque eas, quæ ex contractu vel quaſi *de eo, quod certo loco* nunquam jure hereditario tranſire in heredem. Secundus, actiones arbitrarias in eo differre ab actionibus cæteris, quæ non arbitrariæ. Tertius, actiones ſtricti juris omnes, non arbitrarias, & ſic quoque tales, ſi quæ in rem ſunt, non tantùm, ſed & perſonales ex delicto aduerſus heredes competere jure hereditario. Quartus, in

tus, in arbitrarijs actionibus nihil Reo abſolutionem adferre poſſe, niſi ſatisfaciat. Ac ſi ſatisfacere teneretur, etiamſi nihil deberet. Actio *Quod metus cauſa*, quoniam in rem ſcripta eſt, nec perſonam vim aut metum facientis coërceat, næ idcirco aduerſus omnes, qui rem, quæ metu extorta, habent, inſtituitur tutò *l. 9. in fin. l. 14. §. 3. Quod met. cauſ.* Non ſanè propter arbitrium, prout opinantur. Multò minus: vt inde colligere debuerint heredem in actione iſta non tam quaſi heredem, quàm quaſi extraneum quemlibet poſſeſſorem condemnari. Quid enim heres cum conuenitur ex propria perſona (id quod fieri non prohibetur, eo quod in rem ſcripta ſit) præſupponitur poſſidere id, ob quod conuenitur. Aliàs ſicuti in qualibet actione perſonali ex delicto heres quà heres conuenitur de eo, quod peruenit, & non vltra, ita idem reſcriptum eſt in actione *Quod metus cauſa l. 16. in fin. l. 18. l. 19. Quod met. cauſ.*

CAP. V.

Sermo de Actionibus arbitrarijs.

NOn quidem ratio inſtituti tam huc me deducit, vt de natura arbitrariarum actionum curatiùs agere debeam, quàm earum mentio per occaſionem, ne quoties de ijs hoc loco agatur, quæ ſit de ijs ſententia noſtra, neſciatur. Actionum autem quædam ſunt bonæ fidei, quædam ſtricti iuris §. *28. Inſtitut. de Act.* In illis permitti videtur iudici in dicenda ſententia libera poteſtas ex bono æquo æſtimandi, quantum actori ſolvi & præſtari debeat. §. *30. Inſtitut. d. tit.* In hiſce ſtrictè iudicandum eſt ſecundum id, quod inter contrahentes actum. In vtriſque ſciendum eſt, quòd ſi ante rem iudicatam is, cum quo actum eſt, ſatisfaciat petitioni actoris, officio iudicis conuenire eum abſoluere, licet in ea cauſa fuiſſet iudicij accipiendi tempore, vt damnari deberet, & hoc eſſe, quod vulgò dicitur, omnia iudicia tam ſtricti iuris, quam bonæ fidei abſolutoria eſſe, §. *fin. Inſtit. de perpet. & temp. act.* obligatione per ſatisfactionem voluntate creditoris ſublata *Fac. l. 9. §. omnis de pignor.* Sed enim in iudicijs ſtrictis ne nimis ſtrictè ſatisfieri velle toleraretur actor, offerente Reo ſatis-

ſatisfactionem non iniquam, aut è contra, næ ideo actiones nonnullæ, quibus incerta quãtitas petitur, factæ ſunt arbitrariæ,. veluti tales, in quibus, niſi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, ante rem iudicatam actori ſatisfaciat, ſtrictè & omnimodo condemnari debeat. *iuxt. §. 31. Inſtit. de act. Fac. l. 21. de nox. act.* aut arbitrio iudicis ſatisfactione facta abſolui. *§. 27. Inſtitut. de Act. l. 14. §. 4. Quod met. cauſ.* Sic hæ pendent à ſatisfactione facienda arbitrio iudicis, *d. §. 31.* illæ à ſatisfactione facienda iuxta voluntatem actoris, ſi velit Reus condemnationem euitare. *Fac. l. 14. §. 4. Quod met. cauſ. §. 27. §. 31. Inſtit. de Act.* Non vt actionem arbitrariarum ea ſit natura, vt ante condemnationem arbitrium iudicis de modo & quantitate reſtituendi, ſoluendiue ſemper neceſſarium ſit. Requiritur eum in euentum; veluti ſi immodicæ actoris petitioni ſatisfacere Reus recuſet, & tamen condemnationem velit euitare, vt arbitrio iudicis ſtatuatur ſatisfaciendi modus. Sin ſententiam exſpectare decretum, aut ſpe vincendi, aut quia malit ad ſatisfaciendum cogi per ſententiam, arbitrio nullo præcedente res definienda eſt per ſententiam definitiuam. Idemque eſt in actore, ſi arbitrio iudicis ſtare non recuſauerit, recuſante Reo. Quid multis? in actione bonæ fidei ſicuti Reus abſoluitur ſatisfactione

actori purè & bona fide ante rem iudicatam factâ. aut ſtrictè & purè eâdem eodem modo factâ, ſi actio ſtricta fuerit: ita in actione ſtricta illâ, quæ arbitraria, abſoluitur Reus ante rem iudicatã præſtita ſatisfactione arbitrio iudicis. Sin minus nullo interueniente iudicis arbitrio proceditur, & perinde, ac ſi non eſſet actio tam arbitraria, quàm ſtricta. Licet vnicuique remedijs non vti, quibus ius permittit vti.] Arbitrio vti poteſt actor petitione incerta definitioni iudicis commiſſâ. Reuſue oblata actori ſatisfactione arbitrio iudicis. Sin vti vterque noluerit, retinet actio, quâ conuenitur, naturam, quam habet citra conditionem arbitrariam. Per exempla quod demonſtrare in procliui. Faciemus, vbi ad ea ſpecialiter deuentum. Iam ad ea refellenda pergere animus, in quibus aqua, quod dicitur, hæret Aduerſarijs noſtris. Primùm aiunt *89. Decad. err. 4.* non aliunde veteres illas tam multas actionum differentias fluxiſſe, quàm ex diuerſitate formularum. Nam in bonæ fidei iudicijs verba illa *ex bona fide*; in ſtrictis nihil tale addi conſueuiſſe ob idque ſtricta eſſe appellata, quòd formulam haberent præciſam. in arbitrarijs verò verba illa adiecta *neque res reſtituetur d. 89. Decad. err. 6.* Contrà ego naturam omnium iſtarum actionum magis intueor, quàm qualem ſingulæ habuerint

buerint formulam. Naturam, quam actiones vniuſcujuſque generis habebant, formulæ expreſſère, non fecêre. Quid ita? Sicuti Lex ſola bonæ fidei actiones facit *l. vlt. C. de petit. hered.* §. *25. Inſt. de Act.* ita & eas, quas non fecit bonæ fidei, dereliquit ceu exercendas ſtrictè: Adhibito iterum eo temperamento, ne in omnibus iſtis ſtrictis nimis ageretur ſtrictè, vt Reus arbitrio judicis antequam res judicetur, ſatisfaciendo euitare poſſit in nonnullis condemnationem iſtam ſtrictam, quæ eum maneret, ſi ſatisfacere ad ſententiam vſque retardaret, *d.* §. *27.* §. *31. Inſtit. de Act.* quæ proinde appellentur inde arbitrariæ. Aliter quàm in bonæ fidei judicijs, obtinet, vtpote in quibus libera poteſtas judici permittatur condemnandi & æſtimandi ex bono & æquo *iuxt.* §. *30. Inſt. de Act.* In arbitrarijs arbitrio non tam libero quàm ex bono & æquo ſecundum naturam rei, de qua agitur permiſſo in æſtimanda ſatisfactione à Reo facienda *iuxt.* §. *31. Inſtit. de Act.* Secundum naturam vniuſcujuſque rei, de qua agitur, ex bono & æquo æſtimare, eſt non tam liberè æſtimare, ſed in ſuo genere ſatis adſtrictè. Quid porrò? putant *d. 89. Decad. err. 4.* ex actionibus arbitrarijs nullam ſequi poſſe condemnationem, niſi arbitrio judicis præcedente. Tum adhuc non aliter, quàm ſi arbitrio parere noluerit

is, qui

is, qui aliquid facere iuſſus eſt, per totum illud tempus, quod liberum habet ad parendum, id eſt, à die redditi arbitrij ad diem vſque ſententiæ, & condemnationis *l. 14. §. 4. & ſeq. Quod met. cauſ.* Quid dicam? liberè ſi dicendum; arbitrariarum actionum naturam dextrè expendêre nuſpiam. Quid ita? actionum arbitrariarum naturâ tacitè continetur, vt qui judicis iuſſu ipſam rem, quæ petitur, reſtituerit, abſoluatur, *§. 27. §. 31. Inſtitut. de Act. d. l. 14. §. 4. Quod met. cauſ.* Qui verò judicis iuſſu aut arbitrio nullo requiſito reſtituere rem, quam teneretur reſtituere, neglexerit, condemnetur. Semper præcedere arbitrium debere ſcriptum eſt nuſpiam. Eaque in opinione eò magis confirmor, dum Herm. Vulteium *ad tit. C. de Iuriſdic.* grauiter judicare video, judiciorum auctoritati, & judicum grauitati non eſſe ſatis conſentaneum, vt judex ſeſe in arbitrarijs actionibus vt amicabilem compoſitorem interponat, ita vt admonitioni ipſius ſi non pareatur, grauius aliquid inde ſequatur, immo etiam interdum quid mitius, cum admonito, qui tamen non pareat, agatur. Ac certè ita eſt. In alia quidem olim videor ſententia fuiſſe. Quid mirum? Placebat eo tempore ea in re Ioh. Mathæus Magnus *1. rat. & diff. 9.* Sequebar & alios. alius nunc ſum. Quid? ſecundum præſentem noſtram

ſtram ſententiam vna tantùm fertur ſententia in arbitrarijs actionibus. & duplex non magis, quàm eo caſu, quo quis ante rem judicatam, ſatisfecerit actori, & poſtea proinde abſoluatur *iuxt.* §. *vltim. Inſt. de perpet. & temp. act.* Nam ſicuti Reus in hoc exemplo abſoluitur ſententiâ diffinitiuâ propter ſatiſfactionem actori arbitrio actoris à Reo, antequam res judicaretur, præſtitam. Aut actori, cui juſtè obligatus eſſet, ſatisfactione tali non præſtitâ, ſicuti vna eaque diffinitiua ſententia condemnatur. Ita & non alio modo abſoluitur Reus vna eaque diffinitiua ſententia, ſi quantitatem eam incertam, aut rem cum cauſa & fructibus taxandis, quam actor peteret, Reus ei ſoluerit, aut reſtituerit arbitrio judicis taxatam. aut actori, cui ſoluere vel reſtituere rem prout petitam teneretur, ſatisfactione arbitrio judicis nulla oblata, nedum præſtita, juxta naturam actionis vnâ eâque diffinitiuâ ſententiâ omnimodo condemnatur. Doctrina vnicè vtilis, ne adſentiamur temerè ijs, qui in actionibus arbitrarijs ſi non tres ſaltem duas ſententias ferri opinantur *92. decad. err. 3. & 4.* Tres, veluti cum docent primùm in ijs pronuntiari à judice, rem eſſe petitoris in directa rei vindicatione, vel videri vſucaptam à petitore *in publiciana*, vel denique videri rem extortam eſſe per vim aut metum in actione

Quod

Quod metus cauſa. Eamque pronuntiationem cum ſententiæ & iudicati, licet non æquè condemnationis, nomen habeat, fieri nunquam poſſe, quin pleniſſima cauſæ cognitio in diſcutienda tota facti quæſtione præceſſerit. Deinde poſt eiuſmodi pronuntiationem ſequi ex neceſſitate formulæ arbitrium illud, quod arbitrarijs omnibus actionibus commune eſt, quo victus Reus & poſſeſſor rem petitam reſtituere actori jubetur, & quídem cum fructibus, litis ſumptibus alijſque rebus omnibus, ſine quibus nemo vir bonus arbitraretur, rem reſtitui rectè. Poſtremo loco ſi reſtitutio non ſubſecuta, coronari litem condemnatione poſtrema, pro actionum quæ inſtitutæ ſunt, diuerſitate, *&c.* Hæc extant *d. 29. Decad. err. 4.* cum paulò ante duas tantùm ſententias admiſiſſet, aut potius expreſſiſſet hiſce verbis: *non,* inquit, *negare poſſumus, quin judex in hujuſmodi actionibus arbitrarijs bis iudicet. Primùm cum poſt examinatam diligentiſſimè facti quæſtionem pronuntiat videri rem eſſe petitoris, aut à petitore quaſi vſucaptam, aut petitori obligatam, aut vi vel metu vel dolo extortam. Quam pronuntiationem conſtat & ſententiæ & iudicati non tantùm nomen habere, ſed etiam vim & poteſtatem, & iam ex eo tempore victum dici eum, qui conueniebatur. l. 35. §. 1. de Rei vind. l. 40. §. ſed & is de Procur. l. 6. §. 1. ſed etſi de Confeſſ. l.*

vlt.

vlt. de Fidejuſſ. Deinde iudicat iterum iudex, cum poſt redditum arbitrium de re reſtituenda, cui parere poſſeſſor noluerit, condemnat Reum, aut quanti petitor in litem iurauerit, aut quanti eius reuera interſit, aut in quadruplum, aut quo alio modo. Hanc enim veram & vnicam condemnationem eſſe apparet ex l. 68. de Rei Vind. l. 14. §. 1. Quod met. cauſ. l. 18. de dolo. Hæc extant *d. 92. Decad. err. 3.* Quæ profectò animus rectâ juris cognitione inſtructus, nec velit, nec poſſit, nedum debeat vnquam amplecti. Quandoquidem de vna lite tribus ſententijs ijſque definitiuis definienda in libris juris legatur nuſpiam. Definitiua ſententia eſt, cum judex pronuntiat rem eſſe petitoris in directa rei vindicatione, vel vſucaptam in publiciana, vel metu extortam in actione Quod metus cauſa. *l. 35. §. 1. de Rei vindic. l. 40. §. ſed & De procur.* Definitiua ſententia eſt, quando ſeorſim judex pronuntiat, Reum ſeu poſſeſſorem rem, quam poſſidet, actori reſtituere debere cum fructibus, litis ſumptibus, alijſq; rebus omnibus, ſine quibus nullus judex plenè controuerſiam decideret *l. 68. de Rei vindic.* Aut ecqua fronte hoc pronuntiaretur, ſi cum tam plenè reſtitutio rei, quæ petita erat, fieri jubetur, eo ipſo actor rei petitæ dominus vel quaſi non declararetur. Adhuc adijcere non dubitarunt, neſcio, quam tertiam &

vltimam

vltimam condemnationis ſpeciem, quâ Reus omnimodo condemnetur, quanti actor in litem ſine vlla taxatione jurauerit, *D.92. decad. err. 4.* Verumenimuerò ecquis in actione ſtricta quoniam arbitraria ſit, non adſtrictiùs jus dici debere admiraretur, quam de ſententia prima ad ſecundam, de ſecunda ad tertiam ſine appellatione, propter meram litigatoris arbitrio parêre recuſantis inobedientiam vt oporteret deueniri? In bonæ fidei judicijs Interlocutoria ſententia informat, ſi quæſtio facti agitetur, ſin minùs vna diffinitiua ſufficit. Idemque juris eſt de actionibus ſtrictis, quæ non arbitrariæ. Atat ſi vera eſſet Aduerſariorum doctrina, quatuor ſententiæ in quæſtionibus facti, aliàs tres diffinitiuæ in actionibus arbitrarijs exſurgerent. Quo quid alienius? Et tamen vnicè id vrgere videntur *D. dec.92.err.4.* cum docent ſententiam primam à judice non fatuo pronuntiari haut poſſe, ſi pleniſſima cauſæ cognitio in diſcutienda tota facti quæſtione non præceſſerit. Ergo an non poſt interlocutoriam, quæ præceſſerit? Aut vnde pleniſſima cauſæ cognitio hauriretur? Sic interlocutoria ſententia primæ & quartæ vicem ſuppleret. Neque acutiùs agunt, dum aiunt primam iſtam pronuntiationem, quæ in arbitrarijs fieri ſolet, ſententiæ & judicati, licet non æquè condemnationis nomen

obtinere.

obtinere. Quàm vellem, vel vno ex legis articulo nobis oſtendiſſent tale diſcrimen inter ſententiam vel judicatum & condemnationem. Res judicata dicitur, quæ finem controuerſiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel abſolutione contingit *l. 1. de Re Iudic.* Vnde judex qui ſententiâ declarauit fundum, quem petij, meum eſſe, poſſeſſorem eo ipſo condemnauit *l. 35. §. 1. de Rei Vind.* Tantum abeſt, vt judicatum & ſententia conſiderari poſſint ſine condemnatione vel abſolutione *iuxt. d. l. 1. de Re Iudicat.* Sententia, qua pronuntiauit judex rem petitam eſſe meam, etiam errore lata, citra appellationis auxilium non video quemadmodum retractaretur. Victus cenſetur per talem ſententiam aduerſarius *iuxt. d. l. 35. §. 1.* ac quidem adeo vt in rem judicatam ea, ſi per appellationem ſuſpendi nequeat, vbi tranſierit, pro veritate accipiatur, vtut errore lata *l. 207. de Reg. Iur.* Quid? adhuc dubitaremus, an talis ſententia eſſet diffinitiua? Poſtremò jus Romanum hac in re quàm iniquum foret, ſi in arbitrarijs actionibus pro arbitrio Reus parêre ſententiæ vel non parêre toleraretur, ac ſi citra tot ſententias domari pertinacia eius non mereretur. Verecunda eſt eius cogitatio, qui lites exſecratur & non vituperanda *l. 4. §. 1. de alienat. jud. mut.* Pruden-

tes exſecrati ſunt arbitrarias iſtas ambages, quas nobis imaginamur. Aut vbi licentia ab eis data, recuſante Reo obtemperare ſententiæ, cui poſſit obtemperare, eo non obſtante per nouam ſententiam damnandi eum, quanti actor in litem jurauerit. Maximum remedium eſt expediendarum litium juriſiurandi religio *l. 1. de Iurejur.* ſed remedium tale, ad quod judex non ſolet peruenire, ſi poſſit litem aliter expedire. Exemplum ſi placet, ſumamus ex *l. 68. de Rei Vind.* vbi, qui reſtituere juſſus judici non paret, contendens non poſſe reſtituere, ſiquidem habeat rem, manu militari officio judicis poſſeſſione deijci non prohibetur. Nec injuriè. In arbitrarijs actionibus Reus volens arbitrio judicis ſatisfacere, ſi jubeatur rem de qua lis eſt, reſtituere, arbitrioque iſti ceu minùs æquo parere recuſet, ac ſi nullum arbitrium interceſſiſſet, procedit lis, quam adeò ſi nolit quoque procedere, contendens non poſſe reſtituere, ſiquidem habeat rem, manu militari officio judicis propter mendacium ab eo poſſeſſio transfertur *d. l. 68.* licet actor rem ſuam eſſe nondum adprobauerit *l. 80. de Rei Vindic.* requiſita deinceps quia poſſeſſio tranſlata ſit, fructuum duntaxat omniſque cauſæ nomine condemnatione qua poſt adprobatum dominium actor declaretur dominus, ac ſi diceret Vlpianus,

pianus, abſque fructibus omnique cauſa eſſet, condemnationem iſtam fore ſuperuacuam. Vt autem fructus omnemque cauſam actor conſequi poſſit, ſententiam diffinitiuam ſuper dominio eſſe neceſſariam. neque hæc incerta ſunt: Enimuero, qui reſtituere juſſus judici non paret, contendens ſe non poſſe reſtituere *iuxt. d. l. 68.* perinde facit ac ſi diceret, ſe non poſſidere, vt in *d. l. vlt.* cum is demum, qui non poſſidet, non poſſit reſtituere. Quomodo & illa, *ſiquidem habeat rem.* vnum idemque mendacium in *d. l. 68.* exprimunt, cujus fit mentio in *d. l. vlt.* non tamen ſatisfeciſſe videor Oſualdo Hilligero *20. Donell. enucl. cap. 6.* Mouetur quòd illa poſſeſſionis tranſlatio, cujus fit mentio in *d. l. vlt.* ei, qui rem ſuam eſſe non adprobauit, fiat ſaluo proprietatis jure, nec eâ finiatur lis dominij; Aliter quàm in *d. 68.* vbi juſſus ac arbitrium de reſtituendo dominij declarationem contineat *arg. l. 35. §. 1. de Rei Vind.* quâ lis-dominij finiatur. Error manifeſtus, Quid ita? putat juſſum ac arbitrium eſſe ſententiam definitiuam, qua proprietatis cauſa fuerit deciſa finitaque in *d. l. 68.* eamque cauſam eſſe, cur manu militari poſſeſſio ibidem à Reo fuerit in actorem tranſlata; eamque cauſam eſſe, cur ſeorſim fructuum duntaxat omniſque cauſæ nomine condemnatio ſubſequatur in *d. l. 68.* O-

mnia male. Arbitrium in actionibus arbitrarijs non eſt ſententia, ſed arbitrium & iuſſus tantùm, & arbitrium eiuſmodi , quod neque ſtipulatione pœnali, neque vllo juris vinculo cónſtrictum eſt. Itaque hoc arbitrium quoniam exſecutioni mandari haut poſſit, in ſententiam, factâ condemnatione vel abſolutione, conuertendum eſt , non tam vt duæ ſint ſententiæ , quàm vna , in quam arbitrium ſit transfuſum , ſi parêre arbitrio alteruter ex litigatoribus negauerit. Quam adeò in rem elegans , ſi placet, expendatur locus in *l. 35. §. 1. de Rei Vind.* videlicet, ſi fundum alienum petij, & judex declarauit meum eſſe, judicem eodem errore debere poſſeſſorem de fructibus condemnare. nec enim debere lucro poſſeſſoris cedere fructus, cum victus ſit. Alioquin , vt Mauricianus ait, fore, vt nec arbitrari poſſet rem reſtitui , poſteaquam actio arbitraria præſupponat indefinitum quid (veluti rem reſtitui cum fructibus omnique cauſa) arbitrio judicis definiendum. Ac ſi diceret Vlpianus, judicem, qui fundum alienum declaret meum eſſe, vnà de fructibus omnique cauſa poſſeſſorem condemnare debere & cenſeri, ſicuti quoties arbitratur rem reſtitui *iuxt. d. l. 35. §. 1. de Rei Vind.* id eſt, non ſolùm corpus , ſed etiam omnem rem conditionemque reddita cauſa præſtari *l. 246.*

§. *1.*

§.*1. de Verb. Sign.* non vt ſententia illa, qua declaratur res eſſe petitoris, arbitrium ſit, aut ècontra. Illa poteſt executioni mandari, quoniam definitiua ſit ſententia, cujus id proprium. Hoc quoniam intercesſiſſet tantùm *in princ. d.l. 68.* nec poſſet executioni mandari, eo quòd ſententia diffinitiua non eſſet, næ ideo, vi mendacij tranſlata rei reſtituendæ poſſeſſione, condemnatio, id eſt, ſententia, qua cauſa dominij declararetur & definiretur, propter fructus omnemque cauſam conſequendam neceſſaria judicata eſt *in d.l. 68.* Argumentum, ex quo colligimus juſſum vel arbitrium de re reſtituenda præſupponere quidem jus aliquod dominij, ſed quoniam executioni mandari non poſſit, accepta poſſeſſione rei, quoad fructus omnemq; cauſam; ideo definitiuam adhuc ſuper dominio condemnationē requiri, *iuxt. d.l.68.* vt ad effectum actio arbitraria nō tantùm perducatur, ſed & arbitrium de re reſtituenda interpoſitū ne fiat luſorium, in ſententiam diffinitiuam facta condemnatione conuertatur *Fac.l.16.§.4.de Pign.& Hyp.* Explicatio,quâ non obſeruatâ incredibile dictu,ad quàm infelices Triboniani reprehenſiones Antonius Faber delapſus ſit, *16. Conject. 17.* Sed quò delabor? huc delapſus ſum occaſione tertiæ ſententiæ, quam ferri opinatur *92.Decad. err. 3. & 4.* poſt interpoſitum arbi-

 trium,

trium, Ac ſi arbitrio vbi paritum non fuerit, nullæ judicis partes exiſtant, quàm non obtemperantem condemnare propter contumaciam, quanti actor in litem jurauerit. Doctrina neutiquam probabilis. Quid enim ſi hæc ſententia propter contumaciam eius, qui arbitrio non obtemperarit, infligeretur, vtique eo ipſo parendi neceſſitas arbitrio tribueretur. Atqui arbitrium quoniam conſtringendi facultate omnino deſtituatur, ideo ſententia definitiua neceſſaria eſt, non tam vt contumacia aliqua vindicaretur, quàm vt arbitrio non parendi libertas lege data in neceſſitatem parendi ſententia lata conuerteretur *fac. l. 18. de dolo*. Quid ergo, arbitrium vbi vel non interceſſerit, vel interceſſerit ſine effectu, veluti non præſtitâ actori ſecundum illud ſatisfactione, ſententia ferenda eſt certæ pecuniæ vel rei *§. 32. Inſt. de Act.* ſecundum cauſæ in judicium deductæ merita; actioniſque ſiue in rem, ſiue in perſonam, quæ inſtituta eſt naturam. Non vt vlla ſit actio, quæ iſtam habeat naturam, vt condemnationem admittat, quanti actor in litem jurauerit. Niſi quis actionem ex Edicto, *Ne quis eum qui in jus vocat. &c.* talem eſſe arbitraretur *l. 5. §. 1. Ne quis eum.* Atat, quæ eius actionis ea in re natura, explicatum eſt *ſupr. libr. 3. cap. 8.* tum æſtimationem liquidari ea in actione ſecundum æſtima-

æſtimationem actoris, ſignum pœnale eſt, *d. l. 5. §. 1.* & quoque ſpeciale propter contemptam judicis authoritatem, ſi credimus Tomingio *deciſ. 15. num. 8. & 9.* Similiter actiones arbitrariæ omnes pœnales fierent, ſi propter contumaciam, quòd arbitrio obtemperatum non ſit, quanti actor in litem jurauerit, condemnatio ceu ſententia vltima facienda eſſet. ac ſi actiones arbitrariæ illæ eſſent, in quibus niſi arbitrio judicis Reus velit parêre, arbitrio actoris poſtea cogatur parêre. Sententia, quæ juſta aliqua ratione non fulcitur. In actione arbitraria, cum actor arbitrio judicis incertum petitionis ſuæ commiſerit, ſiue arbitratus fuerit judex, ſiue non, modò Reus actori non ſatiſfecerit, condemnandus eſt ſtrictè juxta naturam actionis arbitrariæ, ac ſi non eſſet arbitraria, ſed ſtricta. Aut è contra cum actori, qui incertum aliquid actione arbitraria petierat, arbitrio judicis Reus ſatisfecerit, abſoluendus eſt ſententia definitiua, ſi actor pœnitere & plus aut idem poſtea petere adhuc præſumpſerit. Non idem eſt, ſi arbitrio judicis obtulerit ſatisfacere, nihil verò re ipſa vel interpoſita cautione, quæ pro ſatisfactione eſt *l. 49. in fin. de Solut.* præſtiterit. Siquidem hoc caſu præcisè condemnandus quoque eſt juxta naturam actionis ſtrictæ non attentâ arbitraria conditione *§. 27. §. 31.*

Inſt. de Act. l. 14. §. 4. Quod met. cauſ. l. 16. §. 3. de pign. & hypoth. l. 68. de Rei vindic. l. 18. de dol. l. 2. & 4. de eo, quod cert. loc. Veluti in Rei vindicatione, quæ procul dubio actio quoque arbitraria eſt *l. 35. §. 1. l. 68. de Rei vindic. l. 7. §. 1. de publician. l. 16. §. 3. de pign. & hypoth.* eleganter Veſembec. *ad §. præterea quaſdam Inſt. de Act. conf.* Anton. Fabr. *91. decad. err. 7.* vtut diſſentiat vir doctus *1. Ration. & diff. jur. c. 6.* condemnatio fit de re reſtituenda cum fructibus omnique cauſa *§. 1. Inſt. de offic. judic. l. 9. l. 61. de Rei vindic.* Condemnatio, inquam, quæ diffinitiua eſt, ſeu, quod idem, rem judicatam faciens. Ergo executioni mandanda, nullâque vlteriori ſententiâ innouanda. At quomodo? Si res reſtitui poteſt, ſententiæ parendum eſt, aut condemnato res ipſa vel manu militari auferenda *juxt. d. l. 68. de Rei vindic.* Si verò condemnatus nec poſſit reſtituere, nec dolo fecit quò minùs poſſit, quanti res eſt, id eſt, quanti aduerſarij interfuit, condemnandus eſt. Si verò nõ poteſt reſtituere, doloq; fecit, quò minùs poſſit, is, quantum aduerſarius in litem ſine vlla taxatione jurauerit, damnandus eſt. Hæc exſequendi ratio generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta, ſiue actiones in rem, ſiue in perſonam ſunt, ex quibus arbitratu judicis quid reſtituitur, locum habet *l. 68. de rei vindic.* Quid ergo? curare debet judex, vt omnino,

quan-

quantũ poſſibile ei ſit, certæ pecuniæ vel rei ſententiam ferat, etiamſi de incerta quantitate apud eum actum eſt *§.32.Inſt.de Act.* Sin minus ex actis & ſecundũ acta id fieri potuerit, in exſecutione vi ſententiæ jam latæ, non alicuius nouæ condemnandus eſt cõdemnatus loco rei reſtituendæ præſtare vel æſtimationem ſimplicem, ſi nec poſſit reſtituere, nec dolo fecerit, quò minùs poſsit, vel æſtimationẽ ex juramento in litem victori à judice delato taxatã, ſi condemnatus dolo fecerit, quo minùs rem reſtituendam poſſit reſtituere *juxt. d. l. 68. de R. vind.* Plane vt huiuſcemodi condemnatio æſtimatoria, quæ poſt ſententiam intercedit, quia declaratio eius ſit, pars ſequela, &, pragmatici vt loquuntur, liquidatio eius exiſtat, *conf.* Ioh. Math. Mag. *1. rat. & differ. jur. cap. 12.* non certè ſententia, per ſe poſt ſententiam, multò minùs vt ſit ſententia illa vnica, vera & diffinitiua, quæ in actionibus arbitrarijs claudat oſtium. Qua in re paſſim labitur vir egregius *conf. 92. decad. err. 8. 92. decad. err. 3. & 4.* ac quidem grauiſſimè, cum ſcribit *85. decad. err. 1.* in actionibus bonæ fidei & arbitrarijs, in quibus in litem juratur, *non eſſe cogendum eum, qui condemnatus eſt, vt rem ipſam reſtituat, quia non ad rem ipſam reſtituendam condemnatur, ſed ad pecuniam, quanti actor in litem jurauerit: In arbitrarijs quidem. poſtquam reſtituere juſſus eſt, nec*

arbitrio judicis paruit: In ijs verò, quæ ſunt bonæ fidei, nullo iuſſu & arbitrio præcedente. Ita fieri, vt ſit in eius poteſtate, ſoluto precio non iuſto ſed iniuſto, & per actorem taxato rem petitam, ſed non in condemnationem deductam retinere inuito quidem aduerſario, ſed non etiam iudice, qui eum ad rei reſtitutionem non condemnauit. Paradoxum intolerabile. in actionibus bonæ fidei & arbitrarijs *rem quidem peti & exigi poſſe, condemnationem verò non fieri niſi in pecunia.* Quaſi verò ſententia ferri poſſit de re in judicium non deducta? Quaſi verò ſi intentio actoris rem petentis fuerit fundata, judici licentia vſpiam data ſit eam inſuper habere, & ex petitione rei facere condemnationem in pecunia, quæ non petita tractataue vſpiam in judicio? Quid audio: eſſe in poteſtate Rei, iniuſti pretij ſolutionem ſufferre non detrectantis retinere rem petitam inuito actore, conſentiente judice. Itane? à ratione omni naturalique juſto tam aliena iſta ſunt, vt eſſe poſſit nihil magis *l. 25. §. 1. Solut. matrim.* In nullius poteſtate eſt per rapinam inuito domino rem juſto pretio comparare *l. 70. de Rei vind.* nec æquum eſt inuitum ſuo pretio res ſuas vendere *l. 9. de Act. rer. amot.* multò iniquius vt foret, inuitus aliquis cogi res ſuas vendere iniquo & iniuſto pretio ſi cogeretur, Gothofred. *ad d. l. 9. de Action. rer. amot.* Quid ergone actor inuitus iniuſto pretio

oblato

oblato re ſua, quam Reus reſtituere poſſit, carere compelleretur? abſit: inuitis nobis res noſtras alius retinere non debet *d. l. 25. §. 1. Solut. matrim.* tam in actionibus realibus quàm perſonalibus, in quibus res in obligatione eſt. Neque opus vt exempla conquiram. Vindico rem meam, quæ à te poſſidetur; aut volo, eam exhibeas, vt vindicem, item repeto rem meam, quam tibi commodaui, vel penes te depoſui. Quòd ſi Aduerſario noſtro auſcultemus, res quidem vtut in petitione mea fuerit, & nulla æſtimatio, tamen judex, ſi nolit Reus rem meam mihi reſtituere, ac vtut eam poſſit reſtituere, condemnabit eum in pecunia. Mouetur, quòd in actionibus ſiue bonæ fidei, ſiue arbitrarijs, in quibus juratur in litem, is, qui condemnatus eſt, cogi non poſſit, ut rem meam mihi reſtituat, aut exhibeat. Quandoquidem Reus non ad rem ipſam reſtituendam condemnari ſoleat, ſed ad pecuniam, quanti actor in litem jurauerit: In arbitrarijs quidem; poſtquam reſtituere juſſus eſt, nec arbitrio judicis paruit. In ijs verò, quæ ſunt bonæ fidei, nullo juſſu & arbitrio præcedente. Ac adeo ne rationem rationis ignoraremus, ſubdit executionem judicati ſemper in pecunia fieri, quia ſemper inciuile viſum ſit ciuili Legiſlatori, vt quis ad factum præcisè cogatur adhibita vi, quam legibus exoſam

tanto-

tantopere & priuato cuilibet interdictam multò inciuilius eſſet inferri à magiſtratu. ne proficiſcatur inde occaſio iniuriæ, vnde jura naſcuntur *l. 6. C. vnde vi. l. 32. de iniur.* Hæc extant *85. decad. err. 2.* in quibus nihil fere video, quod vllo colore poſſit defendi. Nam ea vtique ſi vera eſſent, cogerer in rei vindicatione pro re petita, quam Reus poſſideret, & poſſet reſtituere, vtut mea eſſe declararetur, pecuniam ſuſcipere: cogerer item commodato, depoſitoque carere, acceptâ ad meam taxationem eius æſtimatione. In ſumma cogerer inuitus rem meam Reo vendere. Quid ita? Reus dum litis æſtimationem ſuffert, emptoris loco haberi incipit. Ego è contra venditoris perſonam eo ipſo inuitus an non compellerer induere *vid. l. 22. de Act. Rer. Amot.*? vt non dicam, quàm in eo errent ijdem, dum æſtimationem, quæ facta ex eo, quanti in litem actor jurauerit, judicant eſſe pretium iniuſtum *d. 85. decad. err. 1.* Plane ac ſi juramento in litem nulla inſit veritatis religio, nulla iuſtitiæ. Quid? pretium ſuum intelligitur *in l. 9. de Action. Rer. Amot.* relatione facta ad pretium iuramento in litem taxari ſolitum *l. prac. 8. d. tit.* Illud eſt pretium verum iudicio communi: & proinde iuſtum, quatenus communiter fungitur *iuxt. l. 63. Ad l. falcid.* hoc verò eſt pretium verum iudicio actoris & iuſtum in conſcien-

ſcientia actoris iuramento ſuo ſecundum vtilitatem ſuam, ſuumue adfectum quantitatem eius lege, propter contumaciam Rei rem non reſtituentis, permittente exprimentis. Pretium, quod exprimitur *magni* epitheto *in l. vlt. de fideiuſſ.* propter pretium pœnæ juramento in litem definitum, & ſingulare, additum ibi & coniunctum pretio ſuo & communi *d. l. vlt. l. 1. de iuram. in lit.* Iam autem quid magis tralatitium, quàm neminem cogi poſſe ad rem vendendam, quàm nolit vendere *l. 11. ibi* Gothofr. *l. 13. l. 14. C. de contrah. empt. l. 1. C. de reſcind. vind.* Atat ſi cogerer re carere, quæ mea eſſe declarata ſit, tum etiam à Reo juſſa ſit reſtitui, & poſſit reſtitui, idque nulla alia ex ratione, quàm quod talis ſententia executioni minùs mandari queat, ideoque alia condemnatio requiratur, quæ fiat in pecunia, cuius quantitas ex juramento in litem mihi delato ſuam accipere debeat quantitatem, næ illud ipſum eſt, quod reprehendo ceu contrarium voluntati liberæ hominis liberi rem ſuam vel magno pretio vendere recuſantis. Aut etiam ad leges ſi eamus, ſuper iſthac opinione erubeſcemus plus ſatis. Nam ea prudentum prudentia fuit, vt cum res petita dari vel reſtitui & debeat & poſſit, eam dari & reſtitui debere diſsimularint nuſpiam, conceſſo juramento in litem illo potiſsimum caſu, quo quis dolo

dolo fecit quo minus poſsit dare vel reſtituere id, quod juſſus eſſet vel teneretur dare facere vel reſtituere *l. 68. de Rei vindic. l. 1. de iuram. in lit. l. vlt. de fideiuſſ. l. 16. §. 3. de pign. & hypoth. l. 8. §. de Act. Rer. amot. l. 18. de dol.* Sed deſino, ac quidem non ſine admiratione; quare vim inferre condemnato magiſtratum judicârint, qui prolatam ſententiam non dubitet exſequi. Quandoquidem factum à judice, quod ad officium eius pertinet, ratum ſit *l. 170. de Reg. iur.* & nulla vis in eo conſiſtat, niſi negare volent ad officium magiſtratus pertinere, aut è re Reipublicæ eſſe, vt ſententiæ ſortiantur effectum. Quod auſint nunquam *vid. l. 15. per tot. de Re. iudic. l. 75. de iudic.* ſcilicet vim eſſe putant, ſi magiſtratus nolentem reſtituere rem, quam ſententia juſſus eſt & poteſt reſtituere, conſtringat ad reſtitutionem manu militari. Non eſt ita: vim pateretur, qui obtentâ ſententiâ vt ſuum recipere poſsit, à magiſtratu executionis fulmine non adiuuaretur. Quid? ordinaria executio ordinarijs ſententijs exſequendis dirigitur per viatorem, aut per officialem præfecti, aut per magiſtratus *l. 5. §. 27. vt in poſſ. legat. de 15. de Re iudic.* Extraordinaria fit, (quando nullâ ſententiâ opus) poteſtate prætoria, vel manu miniſtrorum *l. 1. §. 2. Si ventr. nom. mul. in poſſ. l. 3. Ne vis fiat ei.* Nonnunquam etiam per manum militarem *d. l. 3.* ſi mini-

ſi miniſtrorum manus non ſufficiat; eoque ſenſu intelligere præſtat *l. 68. de R. vindic.* vbi extraordinariè propter mendacium ante ſententiam prætoria poteſtate poſſeſſio transferri permittitur. Non acſi conſcribendus videatur exercitus, ſed quòd inſolens non ſit, ne luſoria fiant decreta magiſtratuum, manu propriè militari, ſi milites haberi poſſunt *fac. l. 1. Cuſtod. reor.* veluti cum executorum vice milites eo miniſterio funguntur *fac. l. 4. §. 1. de offic. proconſ.* vel impropriè manu militari, id eſt, apparitorum & miniſtrorum manu ad morem militarem armata non obtemperantes ad obtemperandum conſtringi. Neque vim eam eſſe vel iniuriam quis iudicet. Iuris enim exſecutio non habet iniuriam *l. 13. §. 1. de iniur.* Nedum res in priuato quæ vis eſt, vt ſit vis in magiſtratu officium ſuum exſequente *vid.* Ioh. Godæ. *de contrah. ſtip. cap. 9. num. 61.* Hilliger. *20. donell. enucl. 6.* Aut ſaltem iſta mea mens: vtut contra mentem Ant. Fabri *16. Coniect. 17*, item *in* Ration. *ad l. 14. §. 4. Quod met. cauſ.* Quid tum? diſſentire licet, non item inſultare, aut excandeſcere.

Cap.

CAP. VI.

Actionem Quod metus *cauſa arbitrariam eſſe. Tum heredi & in heredem dari, ſed non vltrà quàm peruenerit.*

DE Actione *Quod metus cauſa* per occaſionem in hiſce libris dictum videri poſſet ſatis. Specialiter eius tamen natura hîc non negligenda fuit. Actio *Quod metus cauſa* ex delicto deſcendit, & natura ſua in ſimplum; quod abeſt, eſt merè rei perſecutoria, tum etiam perpetua, ſi alia actio non ſit *l. 14. §. 2. Quod met. l. 4. C. eod.* Quoniam quod metu geſtum, nullo tempore prætor ratum habet *l. 21. §. 1. l. 14. §. 1. Quod met. cauſ. l. 4. C. eod. tit.* non tamen aduerſus heredem in ſolidum competit, ſed perpetuò contra eum de eo, quod peruenit *l. 16. §. vlt. l. 19. d. tit.* Quod contra eos eſt, qui generaliter tradunt, actiones ex delicto merè rei perſecutorias, & perpetuas, aduerſus heredem in in ſolidum competere. Neque mirum id alialicui jure ſit. Pûrè adſpecta merè rei perſecutoria eſt ratione ſimpli, quod abeſt. Conditionaliter, veluti arbitrio judicis ſi res metu extorta ante ſententiam non reſtituatur, pœnalis quoq; *l. 14. §. 4. Quod met cauſ.* Cauſa, quæ eſt, cur inter eas actiones ex delicto,

quæ

quæ partim pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ ſunt, partim rei perſequendæ, hæc forte actio non referatur *in §.17. Inſt. de Act.* Actiones arbitrariæ pendent ex arbitrio judicis *§.31. Inſt. de Act.* id eſt, earum iſta natura in ſuſpenſo & conditionalis eſt ob arbitrium, iuxta quod rei reſtitutio, ſolutio vel exhibitio ſi facta fuerit, deſinat actio eſſe, quæ fuit, ſin judicis arbitrio nihil eorum factum fuerit, perſeueret ſtricta eſſe actio, prout ad rem ſolam, vel partim pœnam, partim rem perſequendam introducta eſt: veluti actio *Quod metus cauſa* cum arbitraria ſit, habet Reus licentiam vſque ad ſententiam ab arbitrio datam reſtitutionem rei facere. Quòd ſi non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patietur *d. l. 14. §. 4. Quod met. cauſ.* Quid ergo, quæritur; vtrum hæc actio per ſe & ſua natura ſit rei perſecutoria, an verò ex arbitrio judicis. Prius negat, poſterius adfirmat vir doctiſſimus *76. Decad. err. 6.* Alia mihi mens: dum conſidero, arbitrium pendêre & incertum eſſe, vtrum vel ſubſequatur, vel ſi ſubſecutum fuerit, ei pareatur. Igitur talem naturam, quam à prætore habet, quandoquidem hæc actio habeat etiam arbitrio non ſubſecuto; multò minus eam naturam arbitrio judicis interpoſito & cui non paritum, acceptò ferendam eſſe. aut ei ſi paritum

fuerit, abſolutionem ex eo ſequi, nullam rei perſecutionem *vid. ſupr. hoc libr. c. 4.* Quò accedit quod in rem ſcripta ſit hæc actio *l. 9. in fin. Quod met. cauſ.* non in arbitrium, ex quo rei perſecutionem proinde perperam ei tribuiſſe eos certum eſt. Sed & errant ijdem, dum decidunt inferre vim aut metum eſſe iniuriam facere: iniuriam enim eſſe, quicquid non jure fiat, ſed malo more *l. 1. de iniur.* atqui actionem iniuriarum anno vtili finiri *l. 5. C. de iniur.* Ergo & actionem hanc *Quod metus cauſa*, quatenus in ſimplum rei perſecutoria eſt, anno finiri debere, niſi ex magna cauſa *juxt. l. 14. §. 2. Quod met. cauſ.* Quaſi verò actio hæc *Quod metus cauſa* ſit talis actio, qualis iniuriarum actio. Illa in rem ſcripta eſt, hæc non item: illa merè rei perſecutoria eſt, hæc meræ vindictæ. Illa heredi datur *l. 14. §. 2. in fin. Quod met. cauſ.* hæc non item. Illa vtut prætoria, quoniam rei perſecutoria ſit, poſt annum datur *juxt. l. 35. de Obl. & Act.* non ex magna prout falsò putant, ſed quacunque ex cauſa, ſi alia actio non ſit *d. l. 14. §. 2. Quod met. cauſ. l. 4. C. eod. tit.* Clauſula, quam addidere prudentes, vt vbi iniuria per metum facta anno vtili exoleuerit, idonea cauſa ſubſit, cur poſt annum actionem hanc dari oporteat. *d. l. 14. §. 2. Quod met. cauſ.* Non ſane ac ſi iniuriarum eſſet actio, aut ei hac in parte ſimilis.

Quid

Quid enim, hæc injuriam perſequitur & vindictam *l. 2. §. 4. de dot. collat.* illa *Quod metus cauſa* actio rem, ſiue talem, quæ actori abeſt, ſiue talem, quæ pœna eſt, & pecunia actori debita *d. l. 2. §. 4.* Nam ita docendum eſt, vt conſtet, quare actiones promiſcuè pœnales heredibus paſſim non denegentur. *§. 1. Inſtitut. de perpet. & temp. act.* ne adſentiare Aduerſario docenti paſſim, actionum ex delicto pœnalium eam eſſe naturam, vt heredi non competant, quatenus ſnnt pœnales, *vid.* Rational. *ad l. 24. de in jus vocand. l. 4. de Calumn. l. 14. §. 2. l. 16. Quod metus cauſa.* Item *ad l. 4. in fin. de alien. jud. mut.* Quod ipſum ita non eſt. Siquidem omnes heredi competant, excepta injuriarum actione & eâ, quæ ei ſimilis *§. 1. Inſtit. de perpet. & temp. act. vid. ſupr. libr. 3. cap. 17.* Omnes inquam iſtæ pœnales ex ea ratione, quoniam rei habeant perſecutionem *iuxt. l. 14. §. 2. l. 16. in fin. Quod met. cauſ. l. 11. de reb. auth. iud. poſſ. l. 4. in fin. de damn. infect.* rei, ſiue talis, quæ abeſt, ſiue talis, quæ pœna eſt, & pecunia actori debita ante litis conteſtationem *arg. l. 12. de Verb. Sign. l. 28. de injur. l. 2. §. 4. de dot. collat.* vt ita cognoſcamus, injuriarum actionem & eam, quæ ei ſimilis, ſolummodo excipi, *iuxt. §. 1. Inſtit. de perpet. & temp. act.* Similiter non placent, dum aiunt *in* Ration. *ad l. 14. §. 2. l. 16. Quod*

met. cauſ. actionem *Quod metus cauſa* ad heredem propterea tranſire, quòd ſufficiat vel in modico eam eſſe rei perſecutoriam, vt tranſmittatur ad heredem, cum & indiuidua ſit, & indiuiduam adferat condemnationem. Omnino malè. Actio *Quod metus cauſa* non eſt ex pœna & re indiuiduè conſtans actio: multò minus vt indiuiduam adferat condemnationem. Quid ita? Hæc actio purè adſpecta eſt merè rei perſecutoria, *vide ſupra in princip.* pœnalis conditionaliter, quia non ſtatim eſt quadrupli actio, ſed ſi res non reſtituatur *l. 14. §. 3. in fin.* Ergo ante condemnationem diuidua. In ipſa condemnatione tripli pœna propter facinus penditur, & ſic diuiſim à ſimplo, cui adiungitur *d. l. 14. §. 10. & 11. Quod met. cauſ.* Vt non dicam ſi quælibet actio, quæ in modico exiſtat rei perſecutoria, ad heredem propterea tranſmitteretur, fore, vt actio ex Edicto *De Calumniatoribus*, quæ itidem ex ſimplo & triplo mixta, heredi daretur, *contr. l. 4. de Calumniatorib.* aut etiam cur non aduerſus heredem tranſmitteretur actio ex lege Aquilia, quæ modicè pœnalis, & plurima ex parte rei perſecutoria eſt *in §. 9. Inſtitut. Ad L. Aquil.* Sane iſta ſi ratio eſſet bona, hæc deciſio non eſſet tam mala. Sed mala eſt,
vid.

vid. d. §. *9.* Ergo & ratio iſta, quâ abutuntur.

CAP. VII.

De natura Arbitraria Actionis de dolo malo; quemadmodum in ea & actione, Quod metus causâ, in litem iuretur.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

ACtionum quædam ſunt bonæ fidei, quædam ſtricti juris §. *28. Inſtit. de Act.* an & quædam arbitrariæ? ita cenſet Donellus *ad* §. *31. Inſtitut. de Act.* ac ſi tripartita iſta ſit actionum diuiſio. cui non adſenſerim. Vna & bimembris eſt diuiſio actionum bonæ fidei & ſtricti juris, *iuxt. d.* §. *28.* Quòd autem quaſdam præterea actiones arbitrarias, id eſt, ex arbitrio judicis pendentes adpellemus *iuxt.* §. *31. Inſtitut. de Act.* ratione earum actionum fit, quæ ſtricti juris ſunt, ne nimis ſint ſtrictæ, non vt tertia aliqua ſpecies inde efficiatur. Ex ſtrictis namque actionibus, placuit noſtro Legiſlatori, vt quædam ſint arbitrariæ, id eſt, ex arbitrio judicis pendentes, veluti in quibus niſi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat, condemnari debeat, *d.* §. *31. Inſtitut. de Actionib.*

quædam maneant puræ & ſtrictæ,non item exiſtant,nedum efficiantur arbitrariæ. Quid ergo, an actionum arbitrariarum natura non ſtricta ſit? aut an condemnatio in ijs fiat ex bono & æquo, vt in actionibus bonæ fidei? aut denique an in ijs ſententia formetur iuxta arbitrium præcedens? Reſpondeo, ſententiam in ijs non formari iuxta præcedens arbitrium, *conſ.* Ant. Fabr. *in* Rational. *ad l. 18. de dol. & ad l. 14.* §. *4. Quod met. cauſ.* aut fore, vt ſententia in ijs foret arbitraria. Id quod plus eſſet, quàm ſi actio bonæ fidei eſſet. Sed enim legibus aut moribus haud conſentaneum exiſtimo, vt ſententiæ ab arbitrio judicis dependeant. Quòd ſi autem condemnatio in ijs fieret ex bono & æquo, aut non differrent ab actionibus bonæ fidei. Quod nemo dixerit, aut iterum libera iudicandi poteſtas in arbitrium iudicis conferretur. Quod adhuc minùs admiſerint noſtri Prudentes. Quid ita? Actionum arbitrariarum natura, cùm inſtituuntur, eſt ſtricta, cum ferenda eſt ſententia, eſt ſtricta, eoque reſpectu ſtat diuiſio actionum inconcuſſa, quâ aliæ ſunt bonæ fidei, aliæ ſtricti juris *iuxt.* §. *28. Inſtit. de Act.* In medio, id eſt, poſt judicium inchoatum & ante ſententiæ pronuntiationem quædam actiones ſtrictæ correctionem benigniuſculam recipiunt ex bono & æquo, ſi ar-

ſi arbitrio judicis res committatur, & iuxta illud à Reo vel res reſtituatur, exhibeaturue, vel incertum, quod ex contractu debebatur, ſoluatur, *iuxt. §. 31. Inſtit. de Act.* Sin minùs: judicium ſicuti inſtitutum fuerat iuxta naturam ſtrictam, ita finitur, pronuntiatâ ſententiâ iuxta naturam actionis ſtrictæ. Neque exemplo res hæc indigna, quæ illuſtretur. Itaque ad actionem de *dolo* peropportunè deuentum. Hæc, vt conſtat inter omnes, eſt actio arbitraria, & eam qui inſtituit, quoniam non agat ad rei reſtitutionem, ſed ad id, quanti ea res eſt, quæ reſtituenda. Quandoquidem perſonalis ſit actio, non realis, næ ideo, dum inchoatur, eſt ſtricta, & re arbitrio judicis non reſtitutâ, perſeuerat eſſe ſtricta, vtut vltra quàm, quanti ea res ſit, aut id quod intereſt, *vid. 179. de Verb. Signif.* condemnatio, quæ in tali judicio fit, propter dolum contumaciamque non reſtituentis extendatur *l. 18. de dolo.* Æſtimatio, quam hac actione agens elegiſſe eo ipſo non tam videtur, quàm cenſetur. Atque eò pertinent illa Pauli, quando ait. *Ideò autem & hîc & in metus cauſa actione certa quantitas non adijcitur, vt poſſit per contumaciam ſuam tanti Reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit, ſed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iuſiurandum refrænari l. 18. de dol. mal.* in quibus duo carpit vir Ampliſſimus

mus *in* Rational. *ad d. l. 18.* ſi non tria, dum negat, juramentum in litem officio judicis refrænari poſſe, contra omnes *Leges*, etiam omnem rationem. Sed ad rem: Primùm ait falſum eſſe id, quod ſub Pauli nomine hîc ſcribitur, in actione *Quod metus cauſa* nõ exprimi certam quantitatem, cum in eo Edicto prætor polliceatur, ſe daturum actionem in Quadruplum, ſi res non reſtituatur *l. 14. §. 1. d. tit.* Deinde ait, falſum quoque eſſe quod hîc ſcribitur, tam in illa quam in hac in litem jurari. Ac quidem adeò, vt manum & Imperitiam Triboniani incuſare hac in re non dubitauerit. Indignor, tam leui ex cauſa: Quid enim in actione *Quod metus cauſa* Iulianus ait id, quod Intereſt, quadruplari ſolùm *l. 14. §. 14. Quod met. cauſ.* non igitur certa quantitas eſt illic expreſſa, ſed eadem, quæ in actione de dolo *juxt. l. 18. de dol. conſ. l. 179. de v. Sign. l. 1. §. hac verba Ne vis fiat ei l. 3. §. vlt. vti poſſid.* vt ſicuti in actione *Quod metus cauſa* quadruplatur id, quanti ea res erit, id eſt, cum fructibus & omni cauſa *l. 14. §. 7. Quod met. cauſ.* ita in actione de *dolo* id, quanti ea res erit, cum fructibus & omni cauſa ſimpletur *iuxt. d. l. 18. de dol. conſ.* Iacob. Cuiac. *ad d. l. 18. de dol.* Magis miror: contra prudentes tam imprudenter negari in actionibus *Quod metus cauſa* & *de dolo* in litem jurari. *vid. 16. conject. 18.* In actionibus in rem

& ad

& ad exhibendum, quæ arbitrariæ ſunt, juratur in litem *l. 5. de in lit. iur.* ob dolum in ijs commiſſum *l. 2. §. 1. de in lit. iur. l. 68. de R. vind.* Quantò magis in actionibus *Quod metus cauſa & de dolo*, quæ non minus arbitrariæ, & magis dolum contumaciamque non reſtituentis puniri vtique deſiderant *d. l. 2. §. 1. de in lit. iur. d. l. 18. de dol.* Aut ecquæ juris ratio obſtaret, quò minus prohiberetur in ijs in litem jurari? Moueri videtur Aduerſarius, quod ex diametro contraria ſint, *quanti res eſt*, & quanti *actor in litem* jurauerit *l. 61. de Rei vindic. l. 8. de in lit. iur. l. 15. §. hoc interdictum Quod vi aut clam.* Nec vſpiam ſcriptum ſit, in actione *Quod metus cauſa* quadruplari, *quanti actor in litem iurauerit.* Hæc non adfabrè: dum confundit pretium commune, *iuxt. l. 63. Ad l. falc.* cum pretio ſingulari. Clauſula, *quanti res eſt*, cum veritatem ſignificat, pretium commune exprimit *iuxt. d. l. 63.* cum ex adfectione hominis ſingularis deſumitur, verum eſt etiam pretium ſed ſingulare. Hoc, ſiue quadruplatur, vt in actione *Quod metus cauſa*, ſiue ſimplatur, vt in actione *de dolo*, recte dixeris, *quanti in litem iuratum fuerit*, quadruplari, vel ſimplari, ſi Iudex taxationem iſtam juramento partis factam ſententiâ ſuâ confirmauerit. Neque iſto ſenſu fieri poſſit, vt contraria habeantur, *quanti ea res eſt*, & *quanti actor in litem*

iurauerit. Pretium ſuum & commune, cuius ſit mentio *in l.9. de Act. Rer. Amot. l.63. ad L. Falcid.* quadruplatur in actione *Quod metus cauſa l.14. §.7. Quod met.* ob additam pœnam tripli: non item ſimplatur in *actione de dolo*, ſed pretium ſingulare & propter dolum contumaciamque non reſtituentis pœnale *iuxt. l.1. l.2. §.1. de in lit. iur.* atque eo referendum eſt, quod extat apud Vlpianum; non ab iudice doli æſtimationem ex eo, quod intereſt, fieri, ſed ex eo, quod in litem iuratur *l. 64. de iudic.* Ergo vtique id, quod in litem iuratur, in actione de *dolo* ſimplatur, non id, quod communiter intereſt *iuxt. l. 64.* Neque probabiliora ſunt, quando aiunt *d.16. Coniect.18.* Fructuum omniſque cauſæ nomine in litem iurari non poſſe, etiam ijs caſibus, quibus de re ipſa iurandum eſt neceſſariò, eo quòd fructus, qui percepti ſunt ex re noſtra, vel percipi potuerunt; nunquam petamus quaſi noſtros, ſed quaſi nobis debitos & reſtituendos: item quia ex comparatione ipſius rei debitæ aut eius æſtimationis quomodocunque initæ fructuum quoque ratio citra iuſjurandum facilè poni poſſit. Iterum ſine lege & exemplo quæ proferuntur. Tota reſtitutio eſt juris interpretatio. Ius interpretatur reſtitutionem rei non fieri, niſi cum fructibus omnique cauſa fiat *l. vlt. §.1. l.35.*

l. 75.

l. 75. l. 22. de Verb. Signif. Quocirca abſurdum non eſt, vt cum ea ex iuramento in litem recipit taxationem, etiam fructus omniſque cauſa, interueniente non reſtituentis dolo contumaciaque, æſtimentur vno eodemque juramento. Nondum ſatis: anhelant ijdem *d. c. 18.* vtrum res ſua, an aliena per actiones *Quod metus cauſa* & de *de dolo* repoſcatur; & decidunt repoſci rem alienam, nunquam rem ſuam. Scilicet memores, actiones haſce ex delicto eſſe, & igitur perſonales, quibus non rem noſtram, quæ corpore tenus nobis abeſt, repetamus: immemores, rem alienam ſtatim ſeu purè multò minus per eas repoſci *conf. l. 18. ibi quanti ea res eſt de dol. l. 14. §. 7. Quod met.* immemores eaſdem eſſe ita arbitrarias, vt rei reſtitutio judicis arbitrio comprehendatur, *expr. text. in l. 18. de dol.* Quid ita? arbitrariæ non eſſent, niſi tacitè rei reſtituendæ conditio ijs contineretur §. *27. Inſt. de Act.* Conditio, quæ naturam adficit actionum arbitrariarum, non ex ſolo meroque arbitrio proficiſcitur. Conditio, quæ factâ reſtitutione rei noſtræ vel quaſi, vel re non verbis ſed re ipſa oblatâ depoſitâue, abſolutionem parit *l. 4. §. 1. de eo quod cert. loc. l. 14. §. 4. Quod met. cauſ. §. 31. Inſt. de Act.* aut non adimpleta, condemnationem *d. §. 31. d. l. 14. §. 4.* juxta naturam actionis, cui hoc arbitrium in eſt, & per

& per conſequens rei noſtræ vel quaſi reſtitutio. Quod ipſum eò euaderet probabilius, ſi in actionibus arbitrarijs, prout ijdem volunt, arbitrium judicis ſemper præcedere oporteret, antequam ad ſententiam poſſet deueniri. Quandoquidem eo poſito ſemper rei reſtitutio in actionibus *Quod metus cauſa* & *de dolo* diſputaretur, antequam ad ſententiam perueniretur. Atat actiones arbitrariæ habent & retinent ſtrictam ſuam naturam, donec ab alterutro litigatore, vel ab vtraque parte implorato judicis arbitrio, vel non implorato natura iſta mutetur, vel non mutetur. Mutetur, implorato judicis arbitrio, & juxta illud facta rei vel reſtitutione, vel exhibitione, vel ſolutione *l.14.* §. *4. Quod met. cauſ.* §. *13. Inſt. de Act.* non mutetur, arbitrio ante ſententiam nullo implorato, vel implorato, ſed nullâ ſecundum illud facta ſatisfactione, *vid. ſupr. c. 5.* Quid ergo, an alterutro hoc caſu actio, quæ eſt arbitraria, propter defectum arbitrij, eiue præſtitam inobedientiam deſineret eſſe arbitraria? nequaquam: poteſtate perſeuerat eſſe arbitraria, etſi non ſemper ſit vſu & exercitio, veluti In actione *doli* non ſemper arbitrio judicis dandum eſt. Quid enim ſi manifeſtum ſit reſtitui non poſſe, vt ſi ſeruus dolo malo traditus, defunctus ſit: putat Aegid. Hortenſius *in princ. ad tit.*

de eo, quod cert. loc. Reum protinus condemnari debere in id, quod interſit actoris, *iuxt. d. l. 18. §. 1. de dol.* ideoque actionem, quæ arbitraria eſt, hoc ſimiliue caſu non eſſe arbitrariam. Cui non adſentior: eo quòd non de quauis actione arbitraria hîc agatur, ſed de actione *doli*, in qua hoc ſimiliue caſu quanti actor in litem jurauerit, Reus protinus condemnari debere videatur, non in id, quod intereſt, *l. 64. de iudic.* Poſteaquam etiam in quauis actione arbitraria, quando Rei dolo factum fuerit, quò minùs res aliàs arbitrio judicis reſtituenda, reſtitui poſſit, citra arbitrium, quantum actor in litem iurauerit, in tantum Reus definitiua ſententia condemnandus ſit. *l. 68. de Rei Vind.* Aliud quàm eſt ſi extra dolum & doli actionem actio arbitraria adſpiciatur, veluti ſi Reus rei vindicatione conuentus nec poſſit reſtituere, neque dolo fecerit, quò minùs poſſit: Siquidem hoc ſimiliue caſu, vtut actio naturâ ſua non eapropter deſinat eſſe arbitraria, exercitium arbitrij minùs neceſſarium eſt, & vtilius, vt rectâ viâ Reus condemnetur, quanti ea res ſit, quæ in iudicium deducta *l. 68. de Rei vindict.* ſeu in id, quod intereſt, *iuxt. l. 18. §. 1. de dol.* quoties de dolo agitur *l. 19. Rat. rem hab.* & juramenti in litem delatio ceſſat, *fac. l. 4. §. 5. de Alienat. iud. mut.* Sane

huc

huc referre ſoleo id, quod ſcriptum *in d.* §. *1.* ac ſi exceptio ſit ab eo, quod ante Paulus ſcripſerat. Quid ita? ante cum dixerat in actione *doli* vel *metus cauſâ* actione, niſi res reſtituatur, ſequi condemnationem, *quanti ea res eſt*, certâ aliquâ non adiecta quantitate, vt poſſit per contumaciam ſuam tanti Reus condemnari, quanti actor in litem jurauerit, ſed officio judicis debere in vtraque actione taxatione juſiurandum refrænari. *conf. d. l. 18. verſic. 1.* næ ideo mox ſubijcit, non tamen ſemper in hoc judicio judicis dandum eſſe juſiurandum in litem. Quid enim, ſi manifeſtum ſit reſtitui non poſſe, veluti ſi ſeruus dolo malo traditus, defunctus ſit, ideoque protinus condemnari Reus debeat in id, quod intereſt, *iuxt. d. l. 18.* §. *1.* ac ſi diceret; ſeruus dolo quidem traditus fuit, citrâ dolum quia defunctus ſit, & fatum nemo præſtâre poſſit, ſufficere, vt præſtetur duntaxat id, quod intereſt, & in id protinus citrà delationem juramenti in litem condemnetur, *fac. l. 15.* §. *3. l. 16. de Rei vindic.* Quid ita? ſi homo ante ſententiam ſine dolo malo & culpa mortuus fuerit, tenebitur Reus ad ſimplicem rei æſtimationem præſtandam, & hoc fit propter verba Edicti, *neque ea res arbitrio iudicis reſtituetur fac. l. 14.* §. *11. Quod met. cauſ.* Quid ergo inquies, ſi antequam ad arbitrium in actionibus arbi-

trarijs

trarijs perueniatur, res reſtitui non poſſit, nec dolo factum fuerit, quominùs reſtitui poſſit, quæ ante inchoatum judicium potuerit reſtitui, æſtimatio eius an non loco rei ſuccedere & ſimiliter arbitrio iudicis præſtari toleretur, vt vlterior condemnatio euitetur? extra actionem *de dolo* ſubſiſto, *vid. ſupr. c. 5. conf.* Petr. Loriot. *de Action. axiom. 62.*

C a p. VIII.

Actionem de dolo aduerſus heredem competere, in quantum peruenerit, non vltra: & ex qua natura.

ACtio de *dolo* eſt actio ex delicto, rei perſecutoria, & pœnalis. Ita quidem eſt, vt inter mixtas actiones non referatur *in* §. *17. Inſtitut. de Act.* Quid tum? quoniam non ſtatim pœnalis ſit, cum inſtituitur, ſed tunc demum, ſi res arbitrio iudicis ante ſententiam non reſtituatur *iuxt. l. 18. de dol.* næ ideo ac ſi merè rei perſecutoria eſſet, à fronte ſemper adſpicitur. Aliàs arbitrio iudicis re non reſtitutâ pœnalis quoque eſt, quatenus per iuſiurandum in litem ex contumacia res æſtimatur vltra commune rei pretium *l. 1. de in lit. iur. l. vlt. de fideiuſſ.* aliter quàm alij, dum arbitrantur *in Rational. ad*

l. 17.

l.17.§.1. de dol. actionem hanc ex eo duntaxat pœnalem cenſeri, quod ſit actio famoſa *iuxt. l.1.§. 4. de dol.* Non infamat, niſi facta demum condemnatione *l. 7. de publ. jud. l. 4. §. 5. de his qui not. inf.* Ergo ſi propterea pœnalis cenſeretur, quid ni & actiones pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti pœnales eſſent, quia poſt condemnationem exiſtant tales *vid. l. 1. & 6. de his qui not. infam.* niſi dicere velimus nomine ſuo actionem *doli* prodere quodammodo delictum aliquod bonæ famæ contrarium, non item illas. Quicquid ſit, inſpectio doli tam odioſa eſt, vt actio *doli* quandoquidem famoſa ſit, liberis libertiſue contra parentes patronoſue non detur, nec humili contra eum, qui dignitate excellit, puta plebeio aduerſus conſularem receptæ auctoritatis, vel luxurioſo atque prodigo, aut aliàs vili aduerſus hominem vitæ emendatioris. Quid ergo, in horum perſona in factum verbis temperanda eſt actio, vt bonæ fidei mentio fiat, ne ex dolo ſuo lucrentur *l.11. §.1. l. 12. de dol.* Sane hæc *in factum* actio non eſt arbitraria, nedum pœnalis, ſed merè rei perſecutoria. Et tamen aduerſus heredes nõ datur vltra, quàm peruenit, *Fac. d. l. 12. l.* ſicuti & illa, de qua agitur in *28. in fin. l. 29. de dol.* Euidens argumentum aduerſus eos, qui actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum

ſolidum competere tam confidenter hactenus docuere. Sed enim errant ijdem haud minus *in Rational. ad l. 13. de dol.* aut obſcuri ſunt, dum reuerentiæ parenti, patronoue à liberis libertiſue præſtãdæ neceſſitatem ceu merè perſonalem autumant *ex l. 13. de dol.* liberorum libertorumque heredes non adſtringere, ideo eos actione de dolo cum parentibus vel patronis agere non prohiberi. Quaſi verò ex filio nepos idemque filij heres, contra parentem parentis actione de dolo experiri toleraretur, aut filius & idem heres liberti contra parentis patronum *vid. l. 4. §. 1. de in jus vocand.* Non quidem vt negem, ſi cum liberti herede patronus agat, excipere debere de dolo patroni heredem liberti *iuxt. l. 4. §. 16. de dol. mal. & met. exc.* An quia exceptiones non ſint famoſæ? non; exceptio doli patroni parentiſue opinioné apud bonos mores ſuggillare creditur *d. §. 16.* Plane vt vel propterea ne quidem doli exceptionem heres liberti patrono obijcere debere videatur. Quid ergo? Heres liberti, qui extraneus ſit & non è liberis, patrono ſecum agenti ſicuti exceptionem doli obijcere non prohibetur *iuxt. l. 4. §. 16. de dol. & met. excep.* Ita & talibus libertorum, liberorumque heredibus de *dolo* conceditur actio contra tales parentum & patronorum heredes *in l. 13. de dol.* Quid ita?

Liberto autem de dolo patroni etſi ab herede patroni conueniatur, ſicuti non excipere licet, eoquod conueniat tam viuo quàm mortuo patrono à liberto honorem exhiberi *d. l. 4. §. 16. de except: dol.* ita nec actionem de dolo patroni inſtituere aduerſus heredem eius de eo, quod ad eum peruenit. *Fac. l. 1. §. 16. autem de ſuperfic. l. 156. §. cui de Reg. Iur.* Quandoquidem eadem ratio, quæ eſt vt tam viuo quam mortuo patrono honor à liberto exhibeatur, multò magis hoc caſu militet. Neque audio, dum aiunt in actione de dolo, quæ datur contra defuncti heredem, non agi, niſi de calculo *l. 29. de dol.* in exceptione doli excipi & tractari de dolo, idque meliùs Accurſium ad *d. l. 13. de dol.* explicaſſe quàm Cuiacium, qui nullam hac in parte inter actionem & exceptionem doli agnoſcit differentiam. Ego hunc ſequor: neque video, cur non magis in actione de dolo agatur de dolo, quàm in exceptione excipiatur de dolo. Quid enim? agitur de actione de dolo *in d. l. 13.* non de actione in factum verbis temperata, Egerat Vlpianus *in l. 11. §. 1. & l. 12.* de actione iſta in factum liberis vel libertis aduerſus parentes patronoſue conceſſa. Huic proinde oppoſuit actionem de dolo, quæ vtut liberis vel libertis contra parentes patronoſue negetur *iuxt. d. l. 11. & 12.* heredibus libero-

liberorum vel libertorum aduerſus parentes vel patronos non tantùm, ſed & aduerſus heredes eorum eo quo dari poteſt modo, concedatur, *iuxt. d. l. 13. de dol.* Atat in iſta in factum actione agitur de calculo *Fac. d. l. 29. de dol.* non item in ipſa actione de dolo. Quamuis detur aduerſus heredem non in plus, quàm ad eum peruenit. Quid ita? illa verbis temperata eſt ita, vt dolum non tam exprimat, quàm bonam fidem, quæ videlicet actionem iſtam commendet, ne parentes vel patroni ex dolo ſuo lucrentur *l. 11. in fin. l. 12. de dol.* Hæc dolum exprimit. Illa datur tam aduerſus parentes & patronos de eo quod ad eos peruenit, quàm aduerſus eorum heredes *d. l. 12. l. 28. in fin. l. 29. de dol.* Hæc aduerſus heredes ſi hereditario nomine conueniantur, de eo, quod peruenit, ſin ſuo in ſolidum *l. 17. in fin. l. 26. de dol. l. 9. in fin. de Tribut. act.* Cur de eo duntaxat, quod peruenit? Eſſe video, qui ſcribunt *in* Rational. *ad d. l. 17. in fin.* merè rei perſecutoriam eſſe hanc actionem, ac ideo vel in ſolidum aduerſus heredẽ quaſi competeret, niſi eſſet famoſa. Non adſentior *vid. ſupr. in princip.* Siquidem aduerſus heredem vltra non detur ex regula generali, quæ eſt; actiones ex delicto mixtim & merè pœnales non in ſolidum, ſed de eo duntaxat, quod peruenit, aduerſus heredes compe-

tere *vid. ſupr. libr. 1. cap. 15.* Item *libr. 4. cap. 3.* aliter, quàm quæ ex contractu vel quaſi proficiſcuntur, *vid. ſupr. libr. 1. cap. 11.* Differentia, ſine cuius luce obſcuræ ſunt dubitandi & decidendi rationes, quas attulêre *in* Rational. *ad l. 26. de dol.* Si non proprio deſtitutæ fundamento. Actiones prætoriæ, quæ rei perſecutionem habent, hæ etiam poſt annum dantur. Actio de *dolo* eſt prætoria, & merè rei perſecutoria quoniam non ſit, ſed pœnæ nomine introducta *l. 9. §. 1. de eo, quod falſ. tut. l. 10. de reb. authent. iud.* cum nullà alia actio ſupereſt *l. 1. §. 4. de dol.* neque res reſtituitur. *l. 18. d. tit. vid. ſupr. hoc cap. in princ.* primùm annalis fuit *l. 35. de Obl. & Act.* hodie biennio circumſcripta *l. vlt. C. de dol.*

CAP. IX.

De Naturâ *Actionis ex Edicto, de Alinatione judicij mutandi cauſâ facta: & cur non aduerſus heredes tranſitoria.*

ACtiones ex delicto, quæ ſunt arbitrariæ, & rei perſecutoriæ, per ſe & naturâ ſua tales eſſe comprobatum eſt *ſupr. hoc libr. c. 4.* non tam ob arbitrium judicis inter litigatores cognoſcentis. Quod primus docuiſſe videtur Petr. Loriotus *in tract. de Apicib. tit. de Act. axiom. 61.* ab eoque poſtea hauſiſſe

Vir Ampliſſimus *76. decad. err. 6.* vt oſtenderet, actionem de *Alienatione iudicij mutandi cauſa facta*, quoniam arbitraria eſſet, neque in heredẽ, niſi de eo, quod peruenerit, neq; poſt annum competere. Nondum acquieſcimus. Enimuero actio hæc naturâ ſuâ, quatenus rei perſecutoria eſt, rei perſecutionem continet; arbitrij conditio pendêre actionem facit & per conſequentias rei perſecutionem, *fac.* §. *31. Inſt. & Act.* Quid enim? ſi arbitrio iudicis in hoc iudicio res in potentiorem aduerſarium judicij mutandi cauſa tranſlata reſtituatur, actio ipſa, quæ in ſuſpenſo fuit, eo ipſo euaneſcit, aut actore parit abſolutionem plus petente *iuxt.* §. *31. Inſt. & Act.* Quanto magis eo caſu rei perſecutio euaneſceret, quæ actioni ineſt, & ſine qua talis actio, qualis eſt, exiſtere haud poſſet. Aliàs arbitrij conditio non adfert aut tribuit huic actioni rei perſecutionem, quæ ei ineſt, ſed adimit. Aut re arbitrio judicis reſtitutâ, ecquæ rei perſecutio ſupereſſet? Quinimo, res omnis arbitrio judicis in hoc judicio ſi reſtituta fuerit, eo ipſo ſi non actio ceſſat de facto, ceſſat certè vis actionis de jure & per conſequens actioni adempta quid ni cenſeretur rei perſecutio, quam actio hæc habuiſſet, ſi Reus rem omnem arbitrio judicis ante ſententiam non reſtituiſſet? Neque ignoro ſenſu alio fieri, vt ceſſet

hoc judicium, ſi is, aduerſus quem hæc actio competit, paratus ſit vtile judicium pati, perinde ac ſi poſſideret *l. 3. §. vlt. de Alien. iud. mut. cauſ.* vel veluti cum citra dolum, non verò judicij mutandi cauſâ deſierit poſſidere *l. 4. §. 1. verſic. poteſt de Alien. iud. mut. cauſ.* Quid tum? iſtis ſimilibuſue in caſibus deficit actionis huius cauſa, propter quam inuenta & in forum, vtile viſum fuit, vt inueheretur *l. 1. §. 3. hoc tit. d. l. 4. §. 1. d. l. 3. in fin. hoc tit.* Siquidem omnibus modis proconſul id egerit, ne cuius deterior cauſa fiat ex alieno facto. Et igitur cum intelligeret judiciorum exitum interdum duriorem nobis conſtitui, oppoſito nobis alio aduerſario, in eam quoque rem proſpexit, vt ſi quis alienando rem, alium nobis aduerſarium ſuo loco ſubſtituerit, idque datâ operâ in fraudem noſtram fecerit, tanti nobis in factū actione teneatur, quanti noſtra interſit, alium aduerſarium nos non habuiſſe *l. 1. de Alienat. jud. mut.* Ex quibus Edicti verbis eluceſcit ex mero & vero dolo hanc actionem deſcendere: deinde eam non eſſe pœnæ perſequendæ cauſâ comparatam; ſed ad perſequendum ſpeciale ſuum intereſt *d. l. 1,* ibi *quanti noſtra interſit. l. 4. §. 5. & 6. l. 7. de Alien. iudic. mut.* Speciale intereſt, (excluſo rei alienatæ pretio *vid. ſupr. libr. 1. c. 18.*) conſiſtens in eo, non vt res alienata nobis reſtitua-

reſtituatur, ſed niſi arbitratu judicis priſtinam judicij cauſam reſtituat *l. 8. hoc tit.* vt actor, quanti ſua intereſt, alium aduerſarium ſe non habuiſſe, conſequatur *d. l. 1. de Alien. iud. mut.* Iam verò iſtiuſcemodi: quod intereſt, æſtimandum eſt aut communiter, id eſt, ſuo pretio, *fac. l. 9. de Act. Rer. Amot. l. 63. Ad l. falcid.* aut propter dolum contumaciamque omnia in integrum non reſtituentis, pretio ſingulari *l. 1. de in lit. iur.* quod ſimplatur in actione doli per juramentum in litem, & eatenus pœnale eſt *vid. ſupr. c. 7.* an & hac in actione? non ita mihi videtur. Moueor, quod dum negatur actio pœnalis eſſe *in l. 4. §. 5. de Alien. iudic. mut. cauſ.* eo ipſo adfirmetur nulla in parte eſſe talis. Deinde quòd videatur ex delicto dari *l. 7. d. tit.* id eſt, ex dolo *fac. l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 49. l. 12. du Oblig. & Act.* non vulgari adſpectu ſit ex tali delicto. Quid ita? In actione *iudicij mutandi cauſâ*, quomodo verè delinquat, qui alienando rem, alium nobis aduerſarium ſuo loco relinquit? Ius publicum ſequitur, quo cautum eſt, nihil tam conueniens eſſe naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem quam putat eſſe ſuam, in alium transferre, ratam haberi §. 40. *Inſt. de Rer. diuiſ.* non verò capit, qui jure publico vtitur & ſuo *l. 155. §. 1. de Reg. iur.* Non etiam capitur, qui jus publicum patitur *l. 116. d. tit.* Et

tamen quia nemo debeat conſilium ſuum mutare in alterius iniuriam *l. 75. de Reg. jur.* ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur *l. 74. d. tit.* viſum fuit videri eum delinquere, qui datâ operâ & adhibita fraude *l. 1. de Alien. judic. mut. cauſ.* cuius interpretatio non ex euentu duntaxat, ſed ex conſilio quoque conſideratur *l. 79. d. tit.* obiecto nobis duriore aduerſario rem non ſuam alienare non dubitarit *l. 4. de Alien. iud. mut.* Quid ergo? vt inter dolum verum & merum, de quali dolo agitur, *in tit. de dol. mal.* & hunc interpretatiuum dolum diſcrimen aliquod ſit, quid ni communiter in hac actione & non ex adfectione actoris id, quod intereſt æſtimaretur? opinio, quæ juuatur ex eo, quòd, cum de dolo agitur, id quod intereſt, plerumque præſtari jubeatur *l. 19. Rat. rem hab.* non ceu pœna aut pœnæ alicuius loco *vid. ſupr. libr. 1. c. 18. libr. 2. c. 12.* ſed vt incertum quid in condemnationem venire intelligamus, cuius veritas deſumenda ſit ex facto *l. 24. de Reg. Iur.* aliquando vt ſit tantundem, quanti res eſt, aliquando minùs, aliquando nihil, aliquando plus *l. 1. de act. Empt. l. 13. de Re Iudic. l. 6. D. vi & vi arm.* non ex eo, quod in litem juratur, *Fac. 64. de Iudic.* præſertim cum in hac actione *de Alienatione iudicij mutandi causâ facta* de ſpecie quadam reſtitutionis in integrum agatur, in qua id, quod inter-

intereſt, ex facto potiſſimum æſtimari conueniat. In alia tamen ſententia eſſe videtur Anton. Faber *in* Rational. *ad l.4. §. 5. hoc tit.* quando ait: in hac actione *tanti condemnandum eſſe Reum.*, *quanti ex iureiurando in litem praſtito condemnari in iudicio vindicationis potuiſſet*, *ſi rem neque alienaſſet*, *neque reſtituere domino voluiſſet.* Alioquin fieri haud poſſit, *vt pleniſſimam adferat indemnitatem*, *quam tamen adferant omnes partes Edicti generalis de in integrum reſtitutionibus.* Quòd ſi ita eſt, *quanti res ſit*, quæ alienata, veniret in condemnationem, nec æſtimatio ea adhuc ſimplex, ſed tanta & non minùs pœnalis, quàm ſi juſiurandum in litem intercederet. Sed enim aliud eſt, *quanti res eſt*, aliud *id*, *quod intereſt l. vlt. Si quis juſd. non obtemp. l. 193. de v. Sign.* neque vlla ex parte actio hæc pœnalis eſt *l. 4. §. 5. hoc tit.* Quid? In actione *de alienatione judicij mutandi cauſâ facta* id, quod intereſt, continet damnum circa rem, quod abeſt cum vtilitate, quanta inde potuiſſet percipi *fac. l. 13. Rat. rem. habit.* aut vt clariùs loquar, in hac actione id, quod intereſt, exprimit damnum, quod actor ob cauſam ſuppoſiti ditioris aduerſarij paſſus eſt, *vid.* Spiegel. *in Lexic.* non æſtimationem rei in fraudem alienatæ, *vid. l. 1.* ibi *alium aduerſarium nos non habuiſſe l. 8. de Alien. jud. mut.* Aut vbi auditum lectumue: tantam æſtimationem

in actione aliqua aliquem Reum præſtare cogi ſine jurejurando in litem, quantam dare cogeretur in actione alia ob delatum juramentum in litem? Atqui hoc tradunt, qui in hac actione juſiurandum in litem non admittunt, & nihilominus tantam eius, quod intereſt, æſtimationem à Reo exigi judicant, quantam, juramento in litem ab actore præſtito, in Rei vindicatione dare teneretur, ſi rem reſtituere ſimiliter tergiuerſaretur. *vid.* Ration. *ad l. 4. §. 5. de alien. jud. mut.* Non eſt actio hæc pœnalis; ex parte autem pœnalis foret, ſiue creſceret condemnatio ex contumacia non reſtituętis per juſiurandum in litem *juxt. l. 1. de in lit. iur.* ſiue creſceret eodem modo citra juſiurandum in litem *fac. d. l. 1. l. vlt. de fideiuſſ.* Quanquam vt verum fatear, poſterius hoc inauditum ſit; neque hoc diffiteri adeò vt videretur, ex parte Actoris actionē hanc eſſe rei perſecutoriam concludunt, ex parte verò Rei pœnalē, *in* Ration. *ad l. 4. §. 6. de Alien. iud. mut.* Opinio, cui obuiam iuimus *ſupr. libr. 1. c. 17.* item *libr. 2. c. 12.* quæque eò minus in hac actione videri poſſit recipiēda, quod hæc actio ſimpliciter arbitraria ſit, non adiectâ pœnâ ſicuti in Actione *Quod met. cauſ. & de dolo*, ideoque non pœnalis eſſe dicatur tam reſpectu Rei, quàm actoris in *d. l. 4. §. 6. hoc tit.* cum alioquin negari haud poſſet, quin pœnalis eſſet, ſi à parte Rei talis eſſet, *vid. omn.*

d. libr.

d. libr. 1. ſupr. c. 17. & libr. 2. c. 12. Quid arbitraria quoniam ſit hæc actio, ideo non tam ſui natura quàm arbitrio judicis eam eſſe rei perſecutoriam ſtatuunt *in* Ration. *ad l. 7. hoc tit.* ac proinde, priuſquam arbitrio judicis locus eſſe poſſit, hoc eſt, ante litẽ conteſtatam datumq; judicem non eam poſſe dici rei perſecutoriam, ſed pœnalem ex vtraq; parte. Quaſi verò actio, quæ ab vtraque parte pœnalis eſſet, arbitrio judicis dati & priuati transformari poſſet in actionẽ merè rei perſecutoriam? Vniuſcuiuſque rei potiſſima pars principium eſt *l. 1. de orig. iur.* à principio ſi pœnalis eſſet ab vtraque parte, cur non maneret pœnalis? arbitrio judicis aut non ſubſecuto, aut ſubſecuto, & propter contumaciam nullum ſortiente effectum. Atqui vtut ſubſecutum fuerit, ſi non paritum ei eſt, non fit condemnatio pœnalis, ſed in id quod intereſt, *l. 4. §. 5. hoc tit.* Ergo condemnatio vt reſpondeat petitioni, fieri non poteſt, vt id, quod intereſt, non fuerit in petitione, cum ſtultus foret judex, ſi vltra id, quod in judicium deductum eſt, excedere præſumeret *l. 18. commun. diuid.* Ad hæc in principio actio & ſub ea rei perſecutio, nõ item pœna pẽdet vlla ex arbitrio judicis *§. 31. Inſt. de Act.* Poſt arbitrium exſerit ſe rei perſecutio, exſerente ſe non reſtituentis cõtumacia. Quod ſi autem eo tempore hæc actio non ſit pœnalis, quo iam contumacia Rei rem,

quam

quam iuſſus fuit reſtituere, nolentis reſtituere, ſeſe exſeruit. Quanto minùs ab vtraque parte pœnalis erit ante litem conteſtatam, judicemue datum. O me! ſed ita loquuntur *in* Rational.*ad l.7.de Al.iud. mut.* ac ſi eo tempore actiones aliquæ ſint pœnales, quo nondũ ſunt actiones. Ante litem couteſtatam judicemue datum actio in genere Albo prætoris eſt, non in foro in ſpecie. Atqui nec in Albo hæc actio ceu pœnalis inter pœnales ab vtraque parte vnquam depicta fuit. Multò minùs vt ante arbitrium datum pœnalis foret, poſt recuſatum arbitrium rei perſecutoria. Arbitrium judicis rei perſecutionem, quæ actioni arbitrariæ ineſt, exſequitur, neq; alia de re intercedit, aut poteſt intercedere, quàm de qua quæſtio. De pœna in hac actione vel à principio nulla eſt quæſtio. Verumenimuerò pluribus hæc & alia refellere non lubet. Quamuis id facere poſſem pluribus & prolixius. Feci calamo pleniore *ſupr. hoc libr. c. 4.* Tantùm abeſt, vt hæc actio quoniam in principio ſit ab vtraque parte pœnalis; & poſtea ex parte Rei, propterea neq; poſt annum, neque in heredem dari concedatur *iuxt. l. 4. in fin.l.5.l.6.l.7.hoc tit.* Quod docuere in Ration. *ad d.l.7.* Non eſt pœnalis in principio ab vtraque parte; non eſt pœnalis poſtea ex parte Rei *vid.ſupr.* Quid ergo? eſt actio in factum *de dolo* eius, qui judicij mutandi cauſa rem alienauit

l. 1. hoc

l. 1. hoc tit. cuiuſcemodi actione *in factum* quia ſint prætoriæ, in dolũ pœnæque nomine conceptæ, neque poſt annum, neque in heredes cæteroſq; ſucceſſores dari ſolent *l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. auth. jud. poſſ.* in veritate vtut rei ſint perſecutoriæ, vnde & heredi non denegentur *l. 11. de Reb. auth. jud. poſſ. l. 4. in fin. de Alien. iud. mut. cauſ. fact. l. 8. §. 1. Quod falſ. tut.* nec contra heredem, quatenus ad eum peruenerit *l. 10. de Reb. auth. iud. poſſ. l. 12. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. vid. prolix. ſupr. libr. 1. c. 17.* Neque id obſcuro jure. Honorariæ actiones; quæ rei meræ perſecutionem habent ſine vlla pœnæ figura, ſolæ poſt annum dantur. Honorariæ autem, quæ poſt annum non dantur, nec in heredem dandæ ſunt, vt tamẽ lucrum ei extorqueatur, ſicuti fit in actione doli mali fit *l. 35. de Obl. & Act.* Hæc actio deſcendit ex dolo malo *vid. ſupr.* Quæ proinde cauſa, cur poſt annum non detur. Poſt annum, an vtilem? an continuum? illud Martinus voluit; hoc vult Ant. Faber *in Ration. ad l. 6. hoc tit.* Martino acceſſerim ego; eademq; in opinione & rectiſſimè Paul. Buſius eſt *ad l. 6. hoc tit.* quæ confirmari poſſe mihi videtur *ex l. vlt. C. de dol. mal. l. 1. in princ. cl. l. 6. §. 14. Quæ in fraud. cred.*

CAP.

CAP. X.

De Actionibus in factum aduerſus Nautas, Caupones, Stabularios; earumque natura quo ſenſu ſit arbitraria & aduerſus heredes tranſitoria, vel non tranſitoria.

AIt Prætor: *Nautæ, Caupones, Stabularij, quod cuiuſque ſaluum fore ceperint, niſi reſtituant, in eos iudicium dabo l. 1. Naut. Caup. Stabul.* duplicem, vult dicere, in factum actionem. Nam vna in ſimplum ex contractu vel quaſi competit *de recepto*; hæc rei perſecutionem continet, ideoque perpetua eſt, & aduerſus heredem in ſolidum tranſitoria *l. 3. §. 4. hoc tit.* ex regula generali, quæ confirmata eſt latè *ſupr. libr. 1. cap. 11.* videlicet, *actiones ex contractu vel quaſi aduerſus heredes in ſolidum dari.* Regula; ſine cuius luce obſcurior fit Ant. Faber *in* Rational. *ad l. 3. §. 4. hoc tit.* Altera *in factum* actio, de qua agitur hoc in titulo, deſcendit ex quaſi delicto *§. 3. Inſtit. de Obl. & quaſ. delict.* conceptaque in duplum eſt *l. 7. §. 1. hoc tit.* an mixta, id eſt, partim rei perſecutoria, partim pœnalis? ita cenſet Vir Ampliſſimus *in* Rational. *ad d. l. 7. §. 1.* ſecutus Ioh. Oldendorpium *7. claſſ. art. 5.* Adſentior adſpecto actionis fine quatenus in condemnatione iſte conſiſtit. Cætero-

teroquin inter mixtas ne quidem hæc actio etiam relata eſt *§. 18. Inſtitut. de Act.* eoquod pendeat ex arbitrio judicis ceu merè rei perſecutoria eouſq;, donec arbitrio judicis nulla facta reſtitutione, per ſententiam retrò declaretur mixta *Fac. §. 27. Inſtit. de Act.* Ita eſt : actio, quæ retrò declaratur miſta, per ſe & naturâ ſuâ eſt miſta. Ex quo adhuc efficitur, errare eos, qui actiones arbitrarias ex delicto non per ſe & ſuâ naturâ tales eſſe, quales ſententia declarat eas eſſe. Quid enim? vtraque actio, quæ ex hoc Edicto proficiſcitur, videtur eſſe arbitraria *l. 1.* ibi, *niſi reſtituant l. 3. §. 1.* ibi, *niſi reſtituent hoc tit.* Iam autem actio hæc prior *de recepto*, quæ ex contractu vel quaſi eſt, expreſsè rei perſecutionem continere dicitur *l. 3. §. 4. hoc tit.* an non per ſe & ſuâ naturâ? Longiùs non ibo *vid. ſupr. hoc libr. cap. 4. & cap. 9.* Major difficultas eſt, vtrum ex clauſula illa, *niſi reſtituēt*, agnoſcere debeamus actiones haſce eſſe arbitrarias. Ac quidē ego id cenſeam; vtut reluctari videatur Vir Doctiſſimus *in ration. & diff. iur. cap. 5.* Quid ita? non ſtatim, vbi actio nata & inchoata, omnimodo eſt actio in hoc Edicto, ſed niſi receptum reſtituatur *l. 1. l. 3. §. 1. hoc tit.* Quin formula inquies, debuiſſet concipi, *niſi arbitrio iudicis receptum reſtituent*. Non neceſſarium id fuit magis, quàm *in l. 14. §. 4. Quod met. cauſ.* In

actio-

actionibus ſtrictis, ijſque non arbitrarijs omnimodo ſtatim facienda condemnatio eſt §. 27. *Inſtitut. de Act.* In prima hac in *factum*, actione non ſtatim, ſed, *niſi arbitrio iudicis receptum fuerit reſtitutum*, omnimodo demum, qui recepit; tenetur, etiamſi ſine culpa eius res perijt, vel damnum datum eſt *l. 3. §. 1. hoc tit.* Quodipſum arbitrariarum actionum proprium, *l. 14. §. 11.* ibi, *hac ſi poſt condemnationem. Si autem ante ſententiam D. Quod met. cauſ.* In poſtrema hac in factum actione, niſi *receptum* reſtituatur, condemnatio fit in duplum, non etiam ſtatim, ſicuti in actione furti §. 27. *Inſtit. de Act.* Ergo vtraque hæc in *factum* actio quid ni arbitraria eſſet? clauſulas, *niſi ea res reſtituatur, niſi ea pecunia ſoluatur vel eo nomine ſatisfiat*, non nego aliquando intelligi poſſe, (ac ſi ijs verbis reſtitutio, ſolutio, ſatisfactio permittatur Reo vſque ad ſententiam, vt vitetur condemnatio,) magis ex natura judiciorum, quæ abſolutoria ſint *iuxt. §. vlt. Inſt. de perp. & temp. act.* veluti facta ſatisfactione ad voluntatē actoris; non arbitrio iudicis. vt in judicijs arbitrarijs, quàm vt propter iſtam clauſulam ſine diſcrimine ſuſtineantur eſſe arbitraria. Verumenimuerò ex clauſula aliqua nuda naturam actionum arbitrariarum non magis æſtimare ſoleo, quàm ex formula. Hæc fallere, ſicuti poteſt, ita & illa. Naturam actionum

extat vel vi mobili abrepta ſed *immobili vid. 79. decad. err. 7..* Quaſi verò rei immobilis furtum fieri poſſit §. 7. *Inſtit. de vſuc.* aut ecquo colore eum, qui bona immobilia vi rapuit, furem eſſe improbiorem, rei tamen immobilis non poſſe furtum fieri diceremus? Loqui ita non licet juriſperito contra juriſperitos. Quid ita? Sicuti ſciunt, rem immobilem non poſſe vi abripi *iuxt. d. l. 1.* item eum, qui bona mobilia vi rapuit, furem eſſe improbiorem *iuxt. l. 14. §. qui vim intulit. Quod met. cauſ.* ita ſciunt, non male ſcriptum eſſe, quod actio Rerum amotarum ſit condictio *iuxt. l. 25. & 26. de Act. rer. amot.* Aut ecquæ adfert argumenta? Primùm ait *olim perſonales actiones appellari ſolitas condictiones propter denuntiationes, hodie non niſi abuſiue & impropriè condictionis nomen ex vetere ritu manſiſſe, aliumque proinde ſenſum habere, quàm olim habebat.* Quid tum? Reſpectu denuntiationum iſtarum priſcarum, quæ hodie abolitæ, abuſiuè & impropriè condictionis verbo vtimur; propriè nihilominus & minus abuſiuè juxta jus præſens, quo vtimur *l. 25. de Obl. & Act. §. 15. Inſt. de Act.* Ait: *olim rem ſuam alicui licuiſſe condicere.* Ante formulas actionum parum liquet, *vid. l. 2. §. 6. de Orig. jur.* Poſt formulas nego extra furem, *vid. ſupr. libr. 1. cap. 7.* Ait: *Actionem Rerum amotarum tam domino dari,*

tamen quia nemo debeat conſilium ſuum mutare in alterius iniuriam *l. 75. de Reg. jur.* ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur *l. 74. d. tit.* viſum fuit videri eum delinquere, qui datâ operâ & adhibita fraude *l. 1. de Alien. judic. mut. cauſ.* cuius interpretatio non ex euentu duntaxat, ſed ex conſilio quoque conſideratur *l. 79. d. tit.* obiecto nobis duriore aduerſario rem non ſuam alienare non dubitarit *l. 4. de Alien. iud. mut.* Quid ergo? vt inter dolum verum & merum, de quali dolo agitur; *in tit. de dol. mal.* & hunc interpretatiuum dolum diſcrimen aliquod ſit, quid ni communiter in hac actione & non ex adfectione actoris id, quod intereſt æſtimaretur? opinio, quæ juuatur ex eo, quòd, cum de dolo agitur, id quod intereſt, plerumque præſtari jubeatur *l. 19. Rat. rem hab.* non ceu pœna aut pœnæ alicuius loco *vid. ſupr. libr. 1. c. 18. libr. 2. c. 12.* ſed vt incertum quid in condemnationem venire intelligamus, cuius veritas deſumenda ſit ex facto *l. 24. de Reg. Iur.* aliquando vt ſit tantundem, quanti res eſt, aliquando minùs, aliquando nihil, aliquando plus *l. 1. de act. Empt. l. 13. de Re Iudic. l. 6. D. vi & vi arm.* non ex eo, quod in litem juratur, *Fac. 64. de Iudic.* præſertim cum in hac actione *de Alienatione iudicij mutandi causâ facta* de ſpecie quadam reſtitutionis in integrum agatur, in qua id, quod

inter-

intereſt, ex facto potiſſimum æſtimari conueniat. In alia tamen ſententia eſſe videtur Anton. Faber *in* Rational. *ad l.4. §. 5. hoc tit.* quando ait: in hac actione *tanti condemnandum eſſe Reum.*, *quanti ex iureiurando in litem præſtito condemnari in iudicio vindicationis potuiſſet, ſi rem neque alienaſſet, neque reſtituere domino voluiſſet.* Alioquin fieri haud poſſit, *vt pleniſſimam adferat indemnitatem, quam tamen adferant omnes partes Edicti generalis de in integrum reſtitutionibus.* Quòd ſi ita eſt, *quanti res ſit*, quæ alienata, veniret in condemnationem, nec æſtimatio ea adhuc ſimplex, ſed tanta & non minùs pœnalis, quàm ſi juſiurandum in litem intercederet. Sed enim aliud eſt, *quanti res eſt*, aliud *id, quod intereſt l. vlt. Si quis juſd. non obtemp. l. 193. de v. Sign.* neque vlla ex parte actio hæc pœnalis eſt *l. 4. §. 5. hoc tit.* Quid? In actione *de alienatione judicij mutandi cauſâ facta* id, quod intereſt, continet damnum circa rem, quod abeſt cum vtilitate, quanta inde potuiſſet percipi *fac. l. 13. Rat. rem. habit.* aut vt clariùs loquar, in hac actione id, quod intereſt, exprimit damnum, quod actor ob cauſam ſuppoſiti ditioris aduerſarij paſſus eſt, *vid.* Spiegel. *in Lexic.* non æſtimationem rei in fraudem alienatæ, *vid. l. 1.* ibi *alium aduerſarium nos non habuiſſe l. 8. de Alien. jud. mut.* Aut vbi auditum lectumue: tantam æſtimationem

in actione aliqua aliquem Reum præſtare cogi ſine jurejurando in litem, quantam dare cogeretur in actione alia ob delatum juramentum in litem? Atqui hoc tradunt, qui in hac actione juſiurandum in litem non admittunt; & nihilominus tantam eius, quod intereſt, æſtimationem à Reo exigi judicant; quantam, juramento in litem ab actore præſtito, in Rei vindicatione dare teneretur, ſi rem reſtituere ſimiliter tergiuerſaretur. *vid.* Ration. *ad l. 4. §. 5. de alien. jud. mut.* Non eſt actio hæc pœnalis; ex parte autem pœnalis foret, ſiue creſceret condemnatio ex contumacia non reſtituētis per juſiurandum in litem *juxt. l. 1. de in lit. iur.* ſiue creſceret eodem modo citra juſiurandum in litem *fac. d. l. 1. l. vlt. de fideiuſſ.* Quanquam vt verum fatear, poſterius hoc inauditum ſit: neque hoc diffiteri adeò vt videretur, ex parte Actoris actionē hanc eſſe rei perſecutoriam concludunt, ex parte verò Rei pœnalē, *in* Ration. *ad l. 4. §. 6. de Alien. iud. mut.* Opinio, cui obuiam iuimus *ſupr. libr. 1. c. 17.* item *libr. 2. c. 12.* quæque eò minus in hac actione videri poſſit recipiēda, quod hæc actio ſimpliciter arbitraria ſit, non adiectâ pœnâ ſicuti in Actione *Quod met. cauſ. & de dolo*; ideoque non pœnalis eſſe dicatur tam reſpectu Rei, quàm actoris in *d. l. 4. §. 6. hoc tit.* cum alioquin negari haud poſſet, quin pœnalis eſſet, ſi à parte Rei talis eſſet, *vid. omn.*

d. libr.

d. libr. 1. ſupr. c. 17. & libr. 2. c. 12. Quid arbitraria quoniam ſit hæc actio, ideo non tam ſui natura quàm arbitrio judicis eam eſſe rei perſecutoriam ſtatuunt *in* Ration. *ad l. 7. hoc tit.* ac proinde, priuſquam arbitrio judicis locus eſſe poſſit, hoc eſt, ante litẽ conteſtatam datumq; judicem non eam poſſe dici rei perſecutoriam, ſed pœnalem ex vtraq; parte. Quaſi verò actio, quæ ab vtraque parte pœnalis eſſet, arbitrio judicis dati & priuati transformari poſſet in actionẽ merè rei perſecutoriam? Vniuſcuiuſque rei potiſſima pars principium eſt *l. 1. de orig. iur.* à principio ſi pœnalis eſſet ab vtraque parte, cur non maneret pœnalis? arbitrio judicis aut non ſubſecuto, aut ſubſecuto, & propter contumaciam nullum ſortiente effectum. Atqui vtut ſubſecutum fuerit, ſi non paritum ei eſt, non fit condemnatio pœnalis, ſed in id quod intereſt, *l. 4. §. 5. hoc tit.* Ergo condemnatio vt reſpondeat petitioni, fieri non poteſt, vt id, quod intereſt, non fuerit in petitione, cum ſtultus foret judex, ſi vltra id, quod in judicium deductum eſt, excedere præſumeret *l. 18. commun. diuid.* Ad hæc in principio actio & ſub ea rei perſecutio, nõ item pœna pẽdet vlla ex arbitrio judicis *§. 31. Inſt. de Act.* Poſt arbitrium exſerit ſe rei perſecutio, exſerente ſe non reſtituentis cõtumacia. Quod ſi autem eo tempore hæc actio non ſit pœnalis, quo iam contumacia Rei rem,

quam

quam iuſſus fuit reſtituere, nolentis reſtituere, ſeſe exſeruit. Quanto minùs ab vtraque parte pœnalis erit ante litem conteſtatam, judicemue datum. O me! ſed ita loquuntur *in* Rational.*ad l.7.de Al.iud. mut.* ac ſi eo tempore actiones aliquæ ſint pœnales, quo nondũ ſunt actiones. Ante litem couteſtatam judicemue datum actio in genere Albo prætoris eſt, non in foro in ſpecie. Atqui nec in Albo hæc actio ceu pœnalis inter pœnales ab vtraque parte vnquam depicta fuit. Multò minùs vt ante arbitrium datum pœnalis foret, poſt recuſatum arbitrium rei perſecutoria. Arbitrium judicis rei perſecutionem, quæ actioni arbitrariæ ineſt, exſequitur, neq; alia de re intercedit, aut poteſt intercedere, quàm de qua quæſtio. De pœna in hac actione vel à principio nulla eſt quæſtio. Verumenimuerò pluribus hæc & alia refellere non lubet. Quamuis id facere poſſem pluribus & prolixius. Feci calamo pleniore *ſupr. hoc libr. c. 4.* Tantùm abeſt, vt hæc actio quoniam in principio ſit ab vtraque parte pœnalis, & poſtea ex parte Rei, propterea neq; poſt annum, neque in heredem dari concedatur *iuxt. l. 4. in fin. l. 5. l. 6. l. 7. hoc tit.* Quod docuere in Ration. *ad d. l. 7.* Non eſt pœnalis in principio ab vtraque parte; non eſt pœnalis poſtea ex parte Rei *vid. ſupr.* Quid ergo? eſt actio in factum *de dolo* eius, qui judicij mutandi cauſa rem alienauit

l. 1. hoc

l. 1. hoc tit. cuiuſcemodi actione *in factum* quia ſint prætoriæ, in dolū pœnæque nomine conceptæ, neque poſt annum, neque in heredes cæteroſq; ſucceſſores dari ſolent *l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. l. 9. in fin. de Reb. auth. jud. poſſ.* in veritate vtut rei ſint perſecutoriæ, vnde & heredi non denegentur *l. 11. de Reb. auth. iud. poſſ. l. 4. in fin. de Alien. iud. mut. cauſ. fact. l. 8. §. 1. Quod falſ. tut.* nec contra heredem, quatenus ad eum peruenerit *l. 10. de Reb. auth. iud. poſſ. l. 12. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. vid. prolix. ſupr. libr. 1. c. 17.* Neque id obſcuro jure. Honorariæ actiones; quæ rei meræ perſecutionem habent ſine vlla pœnæ figura, ſolæ poſt annum dantur. Honorariæ autem, quæ poſt annum non dantur, nec in heredem dandæ ſunt, vt tamē lucrum ei extorqueatur, ſicuti fit in actione doli mali fit *l. 35. de Obl. & Act.* Hæc actio deſcendit ex dolo malo *vid. ſupr.* Quæ proinde cauſa, cur poſt annum non detur. Poſt annum, an vtilem? an continuum? illud Martinus voluit; hoc vult Ant. Faber *in Ration. ad l. 6. hoc tit.* Martino acceſſerim ego; eademq; in opinione & rectiſſimè Paul. Buſius eſt *ad l. 6. hoc tit.* quæ confirmari poſſe mihi videtur *ex l. vlt. C. de dol. mal. l. 1. in princ. cl. l. 6. §. 14. Quæ in fraud. cred.*

Cap.

CAP. X.

De Actionibus in factum aduerſus Nautas, Caupones, Stabularios; earumque natura quo ſenſu ſit arbitraria & aduerſus heredes tranſitoria, vel non tranſitoria.

AIt Prætor: *Nautæ, Caupones, Stabularij, quod cuiuſque ſaluum fore ceperint, niſi reſtituant, in eos iudicium dabo l. 1. Naut. Caup. Stabul.* duplicem, vult dicere, in factum actionem. Nam vna in ſimplum ex contractu vel quaſi competit *de recepto*; hæc rei perſecutionem continet, ideoque perpetua eſt, & aduerſus heredem in ſolidum tranſitoria *l. 3. §. 4. hoc tit.* ex regula generali, quæ confirmata eſt latè *ſupr. libr. 1. cap. 11.* videlicet, *actiones ex contractu vel quaſi aduerſus heredes in ſolidum dari.* Regula; ſine cuius luce obſcurior fit Ant. Faber *in* Rational. *ad l. 3. §. 4. hoc tit.* Altera *in factum* actio, de qua agitur hoc in titulo, deſcendit ex quaſi delicto *§. 3. Inſtit. de Obl. & quaſ. delict.* conceptaque in duplum eſt *l. 7. §. 1. hoc tit.* an mixta, id eſt, partim rei perſecutoria, partim pœnalis? ita cenſet Vir Ampliſſimus *in* Rational. *ad d. l. 7. §. 1.* ſecutus Ioh. Oldendorpium *7. claſſ. art. 5.* Adſentior adſpecto actionis fine quatenus in condemnatione iſte conſiſtit. Cætero-

teroquin inter mixtas ne quidem hæc actio etiam relata eſt §. *18. Inſtitut. de Act.* eoquod pendeat ex arbitrio judicis ceu merè rei perſecutoria eouſq;, donec arbitrio judicis nulla facta reſtitutione, per ſententiam retrò declaretur mixta *Fac.* §. *27. Inſtit. de Act.* Ita eſt: actio, quæ retrò declaratur miſta, per ſe & naturâ ſuâ eſt miſta. Ex quo adhuc efficitur, errare eos, qui actiones arbitrarias ex delicto non per ſe & ſuâ naturâ tales eſſe, quales ſententia declarat eas eſſe. Quid enim? vtraque actio, quæ ex hoc Edicto proficiſcitur, videtur eſſe arbitraria *l. 1.* ibi, *niſi reſtituant l. 3.* §. *1.* ibi, *niſi reſtituent hoc tit.* Iam autem actio hæc prior *de recepto*, quæ ex contractu vel quaſi eſt, expreſsè rei perſecutionem continere dicitur *l. 3.* §. *4. hoc tit.* an non per ſe & ſuâ naturâ? Longiùs non ibo *vid. ſupr. hoc libr. cap. 4. & cap. 9.* Major difficultas eſt, vtrum ex clauſula illa, *niſi reſtituẽt*, agnoſcere debeamus actiones haſce eſſe arbitrarias. Ac quidẽ ego id cenſeam; vtut reluctari videatur Vir Doctiſſimus *in ration. & diff. iur. cap. 5.* Quid ita? non ſtatim, vbi actio nata & inchoata, omnimodo eſt actio in hoc Edicto, ſed niſi receptum reſtituatur *l. 1. l. 3.* §. *1. hoc tit.* Quin formula inquies, debuiſſet concipi, *niſi arbitrio iudicis receptum reſtituent*. Non neceſſarium id fuit magis, quàm *in l. 14.* §. *4. Quod met. cauſ.* In

actio-

extat vel vi mobili abrepta ſed *immobili vid. 79. decad. err. 7.*. Quaſi verò rei immobilis furtum fieri poſſit §. 7. *Inſtit. de vſuc.* aut ecquo colore eum, qui bona immobilia vi rapuit, furem eſſe improbiorem, rei tamen immobilis non poſſe furtum fieri diceremus? Loqui ita non licet juriſperito contra juriſperitos. Quid ita? Sicuti ſciunt, rem immobilem non poſſe vi abripi *iuxt. d. l. 1.* item eum, qui bona mobilia vi rapuit, furem eſſe improbiorem *iuxt. l. 14. §. qui vim intulit. Quod met. cauſ.* ita ſciunt, non male ſcriptum eſſe, quod actio Rerum amotarum ſit condictio *iuxt. l. 25. & 26. de Act. rer. amot.* Aut ecquæ adfert argumenta? Primùm ait *olim perſonales actiones appellari ſolitas condictiones propter denuntiationes, hodie non niſi abuſiue & impropriè condictionis nomen ex vetere ritu manſiſſe, aliumque proinde ſenſum habere, quàm olim habebat.* Quid tum? Reſpectu denuntiationum iſtarum priſcarum, quæ hodie abolitæ, abuſiuè & impropriè condictionis verbo vtimur; propriè nihilominus & minus abuſiuè juxta jus præſens, quo vtimur *l. 25. de Obl. & Act. §. 15. Inſt. de Act.* Ait: *olim rem ſuam alicui licuiſſe condicere.* Ante formulas actionum parum liquet, *vid. l. 2. §. 6. de Orig. jur.* Poſt formulas nego extra furem, *vid. ſupr. libr. 1. cap. 7.* Ait: *Actionem Rerum amotarum tam domino dari,*

quàm non domino. Quod falſum *l. 1. C. Rer. amot.* Soli domino competit, vel quaſi domino *iuxt. d. l. 1. l. 17. §. 3. Rer. Amot. fac. §. 7. Inſt. de Act. l. 12. §. 2. de Cond. furt.* Ait: *eam eſſe præcipuam differentiam inter actionem Rerum Amotarum & condictionem furtiuam, quod hæc ſoli domino detur, illa non item.* fallitur. Quali domino vel quaſi illa datur *iuxt. d. l. 17. in fin.* tali domino vel quaſi & hæc competit *d. l. 12. §. 2. de Cond. furt.* non alij: Ait: *actionem Rerum amotarum ex eo non magis fore ſimilem condictioni furtiuæ, etiamſi vtraque domino daretur, quàm actiones depoſiti commodati & ſimiles ei exiſtant ſimiles.* Rectè: ſimiles ſunt & hæ quà perſonales: non item, quatenus dominis conceſſum ijs vti. Actor in condictione furtiua & Rerum amotarum actione in dominio vel quaſi intentionem ſuam fundat. Commodatarij, depoſitarij & ſimiles, depoſiti, vel commodati actione cum vtuntur, vi initi contractus agunt. Ergo quid ni actio Rerum Amotarum in eo ſimilis eſſet condictioni furtiuæ, quod vtraque domino vel quaſi competat, non alij. Ait: *non odio furti comparatam eſſe condictionem furtiuam ſed furis §. 14. Inſt. de Act.* Omnino malè. Furis odium, quod eſt, ex furto & propter furtum eſt. Aut fur ſine furto ſi conſideretur, ecquo odio dignus foret? Ait: *furti aliquando eum teneri, qui*

non eſt

non eſt fur, puta is, qui opem & conſilium furti dedit l. 6. cum l. præc. de Cond. furt. In condictione furtiua ſunt multa ſingularia. Inter cætera vnum eſt, quod princeps delicti in ea teneatur, aut eius heres *l. 5. de Condict. fac. l. 10. de ſeru. corr.* non is, qui opem & conſilium dederit *l. 6. de Cond. furt.* vtut aliàs propter opem (quippe quæ non ſecundum animi propoſitionem ſolam, ſed cum aliquo actu enuntiatur *l. 225. l. v. Sign.*) & furtum fecerit interpretatione juris *l. 36. §. 1. de furt.* & fur ſit, & furti teneatur §. *11. Inſt. de Obl. ex del.* Ait: *male Impp. in l. 1. C. de donat. quæ ſub mod. condictionem interpretari ac ſi eſſet actio perſonalis, ideoque tollenda eſſe verba illa, id eſt, in perſonam actio.* Quiduis ex quouis mutemus, licet, ſi ita licet. Aut ecquid rectius, quàm condictionem reſpectu rei vindicationis ſi interpretêre talem eſſe actionem, quæ ſit perſonalis *l. 25. de Obl. & Act.* Atat Impp. ſunt, qui eius interpretationis authores *in d. l. 1. C. de donat. quæ ſub mod.* Ait: *agi de condictione cauſa data cauſa non ſecuta in d. l. 1. eamque, cum ſit repetitio dominij, nunquam domino dari poſſe, niſi contra furem.* §. *14. Inſt. de Act.* Quaſi verò condictio hæc *cauſa data cauſa non ſecuta* non ſit actio perſonalis: Quaſi verò condictio hæc non ſit ex contractu innominato. Tantum abeſt vt repetitio eſſet domi-

nij, quod ne quidem in condictione furtiua petitur, nedum talis actio, quæ domino dari debeat contra ſolum furem. Ait: *actionem Rerum amotarum eſſe prætoriam l. 2. C. Rer. Amot. Ergo eam non eſſe condictionem, poſteaquam nulla condictio ſit prætoria.* Quaſi verò conſequentia bona ſit: prætor Edicto ſuo permittit actionem *iuxt. d. l. 2.* vel promittit actionem, prout Cuiacius legit *in d. l. 1. vid. 17. obſer. 6.* Ergo eſt prætoria. nihil minùs: permittebat & proponebat etiam ciuiles. Sic *in l. 1. in princ. D. Commodat.* ait prætor *Quod quis commodaſſe dicitur, de eo iudicium dabo.* Quis enim dubitat, quin actiò commodati ſit ciuilis? Verbis vſus ſum Ioh. Oldendorpij *9. claß. Act. 5. num. 1.* qui actionem *Rerum Amotarum* actionibus Ciuilibus adſcribit *7. Claß. 11.* Ait: *actionem rerum amotarum opponi in l. 17. in fin. condictioni furtiuæ in l. 8. Inde concludi debere, quandoquidem Paulus non nominatim furtiuæ condictioni ſed ſimpliciter actionem rerum Amotarum oppoſuerit, eam à prudentibus neque pro condictione furtiua habitam eſſe neque pro alia vlla ſpecie condictionis.* O argumentatorem. Actio rerum amotarum non eſt condictio furtiua: quis negat? opponitur condictioni furtiuæ apud Paulum *in d. l. 18.* quoniam de alia condictione locutus eſſe intelligi non poſſit. Quid au-

dio? quoniam condictioni opponitur tali, quæ quidem furtiua eſt, ſed non adpellata talis; ergo & furtiuæ, & cuiuis alij condictioni opponitur. Argumentum, quod non premit, nedum vt refellere opus. Simile eſt, quod deſumit ex *l. 24. de Actionib. rer. amotar.* ac ſi diceres: res amotæ vel propriæ viri, vel etiam dotales tam vindicari, quàm certi condici poſſunt *iuxt. d. l. 24. iung. l. 17. §. 2. de Actionib. rer. amotar.* ergo actio Rerum amotarum non eſt aliqua talis condictio, quæ ex cauſa non iuſta proficiſcitur. Ait poſtremò; quòd ſi res amotæ nec propriæ viri, nec etiam dotales ſint, vindicari eas non poſſe, neque condici, ſed actione rerum amotarum omnimodo exigi quò minus poſſint, nihil prohiberi. Dummodo diuortij cauſa amotæ ſint, & diuortium poſtea ſubſecutum. Quippe quæ nihil commune habeat cum cauſa dominij vel proprietatis, quia nec per eam intendatur dari quid, ſed tantum reddi vel reſtitui oportere, *l. 8. §. 1. de Actionib. rerum Amotarum.* O me. Res nec viri proprias, nec dotales, id eſt merè & verè alienas rerum amotarum actione intelligo maritum ab vxore non prohiberi exigere. Quodque adhuc peius, cum cauſa dominij nihil commune eam habere.

Contrarium ſemper didici ex *l. 1.* ibi, *tui juris doce C. Rer. Amot. l. 9.* ibi *res ſuas de Action. Rer. amot. l. vlt. C. eod. tit.* intendique in ea, vt res ſui juris ſibi reſtituatur, id eſt, cuius dominium vel quaſi hoc judicio agens docere & velit & poſſit & debeat eſſe ſuum *iuxt. d. l. 1. C. d. tit.* maxime cum in hoc judicio in litem juretur *l. 8. §. 1. de Act. rer. am.* In litem iurare nullus admittitur vulgò, niſi dominus *l. 7. de in lit. jur.* ita eſt: formula vetat, rem noſtram nobis dari *§. 15. Inſt. de Act.* Quid tum? hæc actio valde ſingularis eſt *l. 1. de Act. rer. amot.* ac adeò hac in re an ſpecies quædam condictionis furtiuæ *l. 26. d. tit?* Sed hæc hactenus ad errores, qui extant *79. & ad. err. 7.* jam videamus, quæ proferat idem auctor de arbitraria huius actionis natura. Quid? in veſtibulo profari non dubitat ceu re bene geſta, quoniam actio rerum Amotarum non ſit condictio; inde petendam eſſe rationem differentiæ illius, quæ eſt inter condictionem furtiuam, & actionem rerum amotarum, vt condictio furtiua detur in ſolidum contra heredem, licet nihil ad eum ex re furtiua ad eum peruenerit *l. 9. de Condict. furt.* Actio autem rerum amotarum non detur, niſi in quantum ad eum ex rebus amotis peruenerit *l. vlt. C. Rer. Amot.* Nempe, quia condictio furtiua ſit ſtricti juris, actio Rerum amotarum arbitra-

bitraria, ideo in hac iniquum eſſe, vt heres in plus teneatur, quam ad eum peruenerit, non item in illa; vtut ex delicto non minùs ſit. Adeo ſanè canitur hæc doctrina, ceu nullam dubitationem habens cantilena. Falſa verò quàm ſit, & ex qua ratione non recipienda, copiosè jam oſtenſum, *ſupr. hoc libr. c. 4.* Fateor lubens, heredem mulieris, quæ res nuda ratio non facit aliquem debitorem *l. 26. de donat.* in condictione furtiua nudum damnum actoris an pateremur totum facere, id eſt, tantum facere, vt propter illud in ſolidum heres teneretur ſine alia vlla vel contractus vel delicti cauſa, quæ ei imputari poſſet? abſit, & alia vtendum eſt ratione, aut ſilendum. Aiunt porro actionem rerum amotarum non aliter condemnationem parere poſſe, quàm ſi præcedat arbitrium de rebus amotis reſtituendis ab eo, qui amouit. Cui arbitrio ſi poſtea parêre nolit is, contra quem agitur, condemnari ipſe debeat, quanti ſua intereſſe actor in litem jurauerit *l. 8. §. 1. & ſeq. de Act. Rer. Amot.* Iterum hîc quid ni profitear non poſſe mihi adprobari iſtum agendi modum in arbitrarijs actionibus, quem & paſſim in *errorum iſto tractatu* nobis præſcribere præſumpsêre. Quid enim in arbitrarijs actionibus: vt ſemper præcedere oportuerit arbitrium, antequam ad ſententiam procederetur,

retur, nondum credo. Aut vbi ſcriptum? arbiter nullus ingerit ſe irrequiſitus, nedum judex, cuius officium eſt judicare. Iudicare eſt neceſſitatis, ſi requiratur ad judicandum. ita & arbitrari in actionibus arbitrarijs. Fateor, in ijs licere litigantibus requirere arbitrium: vrgeo ijſdem licere jure iſto ſuo non vti, ſi omiſſo arbitrio rem definiri definitiuè deſiderent. At, inquies, in omnibus actionibus tam bonæ fidej, quàm ſtricti juris arbitrium tale non prohiberi. Ac ita ſit, vt arbitrium implorari poſſit in cautionibus prætorijs, prout docet Loriotus *in tract. de Action. axiom. 63.* tum etiam in actionibus bonæ fidei ſecundum ea, quæ tradit Donellus *ad* §. *31. Inſtitut. de Action. num. 9.* nondum ex eo conficitur, arbitrio iſti eam vim à Legiſlatore datam eſſe, quam habet arbitrium judicis in actionibus arbitrarijs. Quid ita? Arbitrariarum actionum naturâ tacitè continetur, vt qui judicis iuſſu ipſam rem actori reſtituat, abſoluatur. Quod in cæteris actionibus quæ non arbitrariæ, non eſt ita, *fac.* §. *27. Inſtit. de Action.* etiamſi arbitrium etiam aliquod interceſſerit. Nec mirum: illud à lege, actionis natura, & voluntate litigatoris arbitrium implorantis dependet. Hoc omnimodo priuatum eſt, quia extra actionem iudice ceu priuato vtitur, qui arbitrio tali

judicis

judicis ante ſententiam vtitur: ante ſententiam inquam. aliàs poſt ſententiam & in ſententiâ arbitrium judicis ſignificare ſolet officium judicis *l. 3. §. 3. Commod.* Atat in arbitrarijs actionibus arbitrium judicis imploratur, & pronuntiatur ad euitandam condemnationem, non ac ſi omninò judex non eſſet, aut ecquam abſolutionem pareret ſatisfactione ſecundum illud facta, *juxt. §. 27. Inſtitut. de Actionib.* ſi nudus arbiter eſſet, & non judex arbiter? Iudex cum arbitratur rem reſtitui debere, & aliquam pecuniæ ſummam præſtari pro acceſſione, quæ non extat, ſi juxta arbitrium actori à Reo ſatisfiat, vtrimque deſerta deinceps omni lite, arbitrium vtique tale non immerito pro ſententia quadam ſit, *vid. l. 45. de Aedil. actionib.* Sin obtemperatum arbitrio non fuerit, ecquid juris aiunt in actione rerum amotarum eum, contra quem agitur, condemnari debere, quanti ſua intereſſe actor in litem jurauerit *l. 8. §. 1. l. ſeq. de Actionib. rer. Amotar. vid. 92. decad. err. 8.* Equidem miror valde, aut quid ni doleam, tam ſupinè iſta vulgâri à tanto viro, quæ vel vulgus intelligat inſpectâ Rerum amotarum actionis natura, non ita debere inculcari. Quòd ſi placet, id vt intelligamus, proponatur petitionis

ſumma, ſeu, vt pragmatici hodie loquuntur, concluſio libelli in actione rerum Amotarum: quæ varia eſſe poteſt. Quid enim aliquando actor in libello concludit, non licuiſſe vxori diuortij cauſa res mariti amouere, proinde eam ad eas marito reſtituendas condemnari & legitimè compelli debere. Interdum contendit, eam ad res amotas reſtituendas, aut ſi non fecerit, potueritue facere, ad æſtimationem earundem rerum, quanti actor in litem jurauerit, condemnari debere. Iam autem in primo concluſionis iſtius caſu nemo non videt purè & ſine conditione reſtitutionis arbitrio judicis faciendæ concludi. Quæritur an bene? Meo judicio valet concluſio conditione arbitrariâ ex natura actionis ſubintellectâ, veluti Actio Rerum amotarum, eſto, vt ſit arbitraria, dictarique in ea ſolitum à prætore judicium judici hac vel ſimili formulâ *Luc. Octauius judex eſto, ſi paret Semproniam diuortij cauſa Gaio marito tunc ſuo res Gaij proprias amouiſſe neque eæ ei reſtituantur, eam condemna.* Studioſè non dico: *condemna, quanti in litem jurauerit.* Siquidem non ſit perpetuum, vt perpetuò juramentum in litem eo caſu ſit deferendum. Quid ita? deferri à iudice poteſt & non deferri *l. 4. §. 1. de in lit. iur.* deferri debet, ſi dolo Semproniæ factum fuerit, quò minus res amotæ reſtitui queant *iuxt. l. 8. §.*

1. de

1. de Act. rer. amot. Sin reſtitui nequeant, doloque nullo Semproniæ factum fuerit, quo minus poſſint reſtitui, quanti res fuerint, nullo delato juramento condemnanda videtur *iuxt. l. 68. de Rei vind.* Quid ergo: mea ſententia eſt, in actionibus arbitrarijs perſonalibus prætorem judici judicaturo ſimpliciter mandaſſe *ſi parêret* &c. *& niſi fiat reſtitutio, condemna*, relictis judicio judicis circunſtantijs, ſecundum quas judicare conueniret. Quid enim, ſi actor arbitrio non acquieſcens rerum ſuarum velit reſtitutionem, quas & poſſit mulier reſtituere, an præſuppoſitâ juſtitiæ cauſâ, ſi mulier nolit reſtituere, cogendus eſſet rebus ſuis carere, accepto pretio juxta juramentum ſuum in litem pluſquam ſuo? Hæc juriſprudentia traditur, ſed à nobis non recipitur, ne in poteſtate cuiuſque ſit per rapinam ab inuito domino rem juſto pretio comparare *l. 70. de Rei vindic. vid. ſupr. c. 5.* Sin aut res ſuas ſibi voluerit reſtitui, aut niſi reſtituantur, eius æſtimationem, à circunſtantijs iterum ſententia pronuntianda dependet; vtrum poſſint reſtitui, an non poſſint, item an ſi non poſſint reſtitui, dolo Rei vel Reæ factum fuerit, quò minus poſſint reſtitui, an verò ſine dolo acciderit, vt jam reſtitui non poſſint, *iuxt. l. 68. de Rei vind.* Cum autem poſſunt reſtitui, debet ſententia ferri, vt reſtituantur cum ſua cauſa, niſi

niſi aliter agentes conſenſerint. *l. 26. de Re judic. l. 71. de Rei vindic.* Cum non poſſunt reſtitui, neque dolo Rei id factum fuerit, quò minus reſtitui poſſint, non id, quod intereſt, prout Aduerſarius allegat, ſed ex clauſula, *Quanti ea res eſt*, res amotæ æſtimandæ ſunt *l. 68.* ibi *ſiue in perſonalem*, *de Rei vindic.* Cum denique non poſſunt reſtitui, idque dolo factum fuerit, quò minùs id fieri poſſit, æſtimari debent, quanti in litem vir jurauerit *l. 8. §. 1. de Actionib. Rer. amot.* Siquidem haut æquum ſit, inuitum ſuo pretio res ſuas vendere *l. 9. d. titul.* Audin? inuitus hoc caſu æſtimationem accepit pro re, quæ reddi non poteſt. Igitur, cum res reddi poteſt, inuitus non cogitur æſtimationem, vel juramento ſuo definiendam, accipere. Aliud quàm eſt, ſi velit. Quamuis etſi velit, adhuc agere debere videatur juxta naturam actionis, quam inſtituit. Quid enim inſtituta rei vindicatione, aut publiciana an dicemus à principio litis concludi, niſi arbitrio judicis reſtitutio fiat, vt Reus condemnetur, quanti in litem actor jurauerit. Scilicet hoc eſſet litis æſtimationem petere, antequam lis eſſet. vt non dicam, judicio inſtituto cum contrahi videatur *l. 3. §. 11. de pecul.* eo ipſo aliquam emptionem venditionem ab acto-

re &

re & Reo contrahi, ſi nolit Reus reſtituere *fac. l. 22. de Actionib. rer. Amot.* Aut an etiam actiones iſtæ eſſent actiones reales, ſi rei reſtitutione conditionaliter poſitâ, eiuſque negatione præſuppoſita, litis æſtimatio peteretur? ponamus ante litem inchoatam rem petendam non extare; condici poteſt; vindicari non poteſt. Si extat, & actio in rem vtut arbitraria inſtituatur, quid dicemus, an concludi recte ad eius æſtimationem ex natura actionis realis? Similiter actio rerum amotarum, cum inſtituirur, vix eſſet de rebus amotis, ſi ad æſtimationem in litem concluderetur à principio litis. Res intercidere poteſt pendente lite. ſententia nihilominus fertur, ac ſi non intercidiſſet. Quid ergo? pendet res hæc vniuerſa à circumſtantijs, ſecundum quas actio vel fuerit inſtituta, vel debuerit inſtitui. Nam vtique circunſtantiæ tales eſſe poſſunt, vt bonum ſit, arbitrio poſthabito ad æſtimationem ſtatim concludere; veluti ſi ante litem inchoatam manifeſtum ſit id, quod peteretur, reſtitui non poſſe *fac. l. 1. §. 1. de dol.* Item tales eſſe poſſunt, vt conſenſu litigatorum ita concludi placuerit. Item tales eſſe poſſunt, vt vel reſtitutio, vel eius æſtimatio in judicium deducenda fuerit.

Aliàs

Aliàs ante deciſionem litis rariùs peruenitur ad æſtimationem litis. Quid ita? in Actionibus in rem, & in ad exhibendum, & in bonæ fidei judicijs juratur in litem *l. 5. de in lit. iur.* An ante latam ſententiam? vix putem; aut eo delato, ſcirent vtique actor & Reus ante pronuntiationem ſententiæ, quemadmodum judici conſtitutum eſſet pronuntiare ſententiam, juramento in litem præſtito. Idque in arbitrarijs actionibus non monere tam eſſet, quàm cogere; Reus vt arbitrio potius judicis acquieſcere velit, quàm vlteriorem condemnationem ſibi ſuâ contumaciâ, quam judex ob juramentum delatum declarârit ſatis, accerſere. Iam autem in arbitrarijs actionibus ad ſententiam vſque arbitrio pareri poteſt, vt euitetur condemnatio *l. 14. §. 4. Quod met. cauſ.* Ergo nulla poteſt contumacia talis exiſtere ante ſententiam in actionibus arbitrarijs. Sed enim in ſententia forte, ſeu quod idem, per ſententiam volent condemnari Reum quanti actor in litem jurauerit. Non intelligo, quemadmodum hoc intelligant, vtrum, nempe, Reum per talem ſententiam condemnari ſentiant in tantum, quanti actor vel ante ſententiam, vel in ipſo ſententiæ pronuntiandæ momento, vel poſt ſententiam in litem jurauerit. Atat ante ſententiam deferri à judice juramentum in litem

in

in arbitrarijs actionibus quò minùs poſſit, ratio iam expoſita eſt. Idemque ſentiendum exiſtimo, ſi iuramentum iſtud in articulo pronuntiandæ ſententiæ deferendum exiſtimant, niſi litis æſtimatio in petitione fuerit à principio litis. Hoc caſu expediri æſtimatio talis poteſt tempore rei judicandæ, & certæ quantitatis ſententia pronuntiari *iuxt.* §. *32. Inſt. de Act.* eodem modo, quo poſt ſententiam, in executione ob executionis realis difficultatem vel judicati periculum *l. 63. de Rei vind.* ad pecuniariam æſtimationem eam proceditur, quæ litis æſtimatio adpellatur, *conf.* Ioh. Math. Magn. *1. ration. & diff. iur. 7.* Ac quidem adeò vt judicati actione poſt obtentam ſententiam diffinitiuam victor ad obtinendam litis æſtimationem, (fortè quòd res, quæ ante reſtitui potuerat, dolo aduerſarij iam minus reſtitui poſſit) agere denuò, ſententiamq; vi præcedentis ſententiæ, conformem iſti petitioni, obtinere non prohibeatur. Aut ecquæ hinc abſurditas? In ſtipulationibus quot ſummæ ſunt, tot ſunt ſtipulationes *l. 9. de Verb. Obl.* In iudicijs quot lites, tot ſententiæ, eæque toties diffinitiuæ quoties condemnationem vel abſolutionem continent *l. 1. de Re iudic.* Aliter quàm in arbitrio judicis. Quippe quod juſſus eſt vel præceptum duntaxat ſine vlla condenatione vel abſolutione, & proinde ſine vllo effe-

ctu, ſi ſponte ei non pareatur. Ita dico, ne quis putet cum Aduerſario, nos eſſe in ea ſententia, ac ſi recuſata juxta arbitrium judicis ſatisfactione in ſententiam, quæ arbitrium proximè ſubſequitur, contumacia eius, qui arbitrio non obſecutus, deducatur. Nam eò pertinet admiratio illa noſtra, quare ſcripſerit Aduerſarius in actione rerum Amotarum, ſi ante ſententiam res amotæ arbitrio judicis non reſtituantur, mulierem condemnandam, quanti maritus in litem jurauerit *vid. d. 92. decad. err. 8.* non, quanti ea res eſt, id eſt, quanti intereſt. *juxt. l. 68. de Rei vind. l. 18. in princ. & §. 1. de dol.* Doctrina, cui jure meritoque contradicimus. Quid enim contumaciæ pœna non fuit in petitione (aut quemadmodum peti poſſet, cum contumacia ante ſententiam ne quidem committi poſſit) igitur fieri non poteſt, vt deducatur in condemnationem *l. 18. Commun. diuid.* Atqui in condemnationem deduceretur, ſi ob contumaciam non pariti arbitrij in actione Rerum Amotarum mulier condemnaretur, quanti vir in litem jurauerit *juxt. l. 8. §. 1. de Act. rer. Amot.* Quod ſi autem ita eſſet, quis non videt labefactari ea, quæ tenemur confirmare. Quid ita? Arbitrium judicis, quod ſententiam præcedit, & ex quo actiones quædam, quæ ſunt arbitrariæ, ſunt appellanturque

arbi-

num Arbitrariarum ſi ſcimus, & ſequimur tanquam optimam ducem, aberrabimus nunquam. Actio, cuius natura propter arbitrium, quod in quibuſdam ſtricti juris actionibus ex bono & æquo ante ſententiam euitandæ condemnationis gratia admittitur, pendet & ad ſententiam vſque in ſuſpenſo eſt, arbitraria eſt, *juxt.* §. *3.* §. *27. Inſt. de Act.* Nam ſicuti cum inchoatur, petitio fit ſecundum naturam actionis ſtrictæ, ita & ſententia, ſi arbitrium nullum interceſſerit, vel interceſſerit quidem, ſed cui non fuerit paritum, ferri debet præciſè, id eſt, juxta naturam actionis ſtrictæ; vt qualis inſtituta fuit, deficiente arbitrij conditione talis retrò per ſententiã declaretur, non certè ex bono & æquo, prout arbitrari auſus eſt Aduerſarius noſter *in* Rational. *ad l. 3.* §. *1. Naut. Caupon. Stabul.* quando ita ait. *Actio, quæ ex hoc Edicto datur, arbitraria eſt vt conſtat ex hoc* §. *& ex l. 1. in princ. ſupr. junct.* §. *præterea Inſt. de Act. Fit enim condemnatio ex huiuſcemodi actione non præcisè ſed ſub ea exceptione, ſi res non reſtituatur arbitrio judicis. Nec me mouet, quod obijcit Accurſius, qui contra putat ad d. l. 1. in princ. quod in hoc iudicio non feruntur duæ ſententiæ. Nam nec in alijs duæ feruntur, ſed vna duntaxat l. item ſi cum. 14.* §. *hæc autem Supr. Quod met. cauſ. Præcedit iuſſum reſtituendi, ſi arbitrio iudicis non reſtituatur, fit*

 condemna-

condemnatio ex bono & æquo. Neque vnus hic locus eſt, in quo poſtrema illa viro doctiſſimo ita excidêre. Nam & eodem ſenſu loquitur *in* Rational. *ad l. 4. §. 6. de Alien. iud. mut. cauſ. Iudex à prætore in iſta actione datus arbitrari debet, priſtinam iudicij cauſam reſtitui l. ex hoc Edicto 8. in princ. infr. eod. Quod ni Reus faciat, tum demum ex æquo & bono condemnatur in id omne, quod intereſt actoris, quæ natura eſt actionis arbitrariæ §. præterea Inſt. de Act.* Vin plura? adhuc alio loco ait, *in arbitrarijs actionibus præcedere arbitrium iudicis de re reſtituenda, cui ſi non pareatur, ſequi condemnationem ex bono & æquo §. præterea Inſt. de Act. vid.* Rat. *ad l. 14. §. 4. Quod met.* Nunc ſi placet, obiter, quæ in iſtis confirmanda, confirmemus, quæ emendanda, ex certiori juris ratione emendemus. Ac quidem, ad actiones quod attinet, quæ proficiſcuntur ex Edicto, *Nautæ, Caupones, ſtabularij vt recepta reſtituant*, eas eſſe arbitrarias confirmatum eſt iam à nobis *ſupra hoc eodem capite.* Plane vt hac in re viri Ampliſſimi ſententia nobis arriſerit ſummè. Similiter admittimus in arbitrarijs actionibus non procedi ſtatim ad condemnationem *l. 14. §. 3. in fin. §. 4. Quod met. cauſ. l. 18. §. 1. de dol.* Sed ſub exceptione aut conditione potius, *ſi res non reſtituatur arbitrio iudicis.* Aliter paulò quod ita enuntiamus, quàm Aduerſarius, dum ait, in ijs *non præcisè* fieri

con-

condemnationem, ſed ſub exceptione, *ſi res non reſtituatur arbitrio iudicis.* Ecquid illa, *non præciſè*? ſi per illa idem voluerit exprimere, quod prudentibus noſtris hac in re eſt, *non ſtatim* vt in l. 14. §. 3. in fin. §. 4. Quod met. cauſ. *non protinus* vt in l. 18. §. 1. de dol. bene eſt, ſin, *non præciſè*, illi fuerit, *ex æquo & bono*, ſenſit malè, *vid. infr.* Quid? Vnam admittit ſententiam in actionibus arbitrarijs, omnino rectè; rectiùſque quam in errorum ſuorum chiliade, *vid. ſupr. hoc libr. c. 5.* Quid enim, arbitrium in actione arbitraria aut imploratur, aut non imploratur. Cum non imploratur, natura quidem actionis, quâ arbitraria eſt, vi ipſa manet arbitraria, exercitio eſt ſtricti juris. Sic hoc caſu vna fertur ſententia in actione arbitraria. Cum autem imploratum fuit arbitrium, & pronuntiatum, aut ei obtemperatum fuit, deſertâ deinceps omni lite: aut non obtemperatum fuit, procēdete deinceps lite. Illo caſu nulla fertur ſententia, nullùmq; vltrà actionis ſtrictæ exercitium agnoſcitur, totum faciente arbitrio ex æquo & bono, in vicem ſententiæ. Hoc caſu arbitrium ob non paritionem euaneſcit, & deſinit eſſe, quod eſſet, ſi ei obtēperatū eſſet. Plane vt ſentētia, quæ illud ſubſequitur, vna ſit primaq; & ſola, non ſecūda. Sed ergo ſolus ſupereſt ille caſus, quo & arbitrium imploratum pronuntiatū fuit, tū etiam eum ei obtēpera-

peratum hactenus, vt iuxta illud actori ſatisfactum ſit, nondum tamen deſerta lis, quam proinde actor (fortean animo plus extorquendi) vel Reûs, (ne alio tempore ob idem debitum denuò inquietetur) non obſtante arbitrio finiri deſideret. Iam autem hoc caſu ſicuti ſcimus per ſententiam definitiuam Reum abſoluendum eſſe §. *27. Inſt. de Act.* ita duas ferè ſententias agnoſci agnoſcimus, ſatisfactione juxta arbitrium facta cauſante abſolutionem: *iuxt.* §. *vlt. Inſt. de perpet.& temp.act.* arbitrio ſatisfactionem cauſato, & pro quadam interlocutione ſumpto. Sententia mea; cui ſuccedit controuerſia poſtrema: vtrum poſt arbitrium non paritum judici pronuntianda ſententia ſit ex bono & æquo. Nam ita Aduerſarium ſtatuiſſe in aperto eſt, cui animosè contradicimus. Quippe ſententia ferenda non eſt ex bono & æquo; aut actio, quæ ſtricti juris eſt, quoniam arbitraria ſit, bonæ fidei eſſet, fieretue, *fac.* §. *30. Inſt. de Act.* Quid ergo? deceptus eſt vir Ampliſſimus in tribuendo ſententiæ, quod attribuendum arbitrio. Sententia ferenda eſt præciſè, id eſt, juxta ſtrictam actionis naturam. Arbitrium, quod antecedit ſententiam, ex æquo & bono æſtimat ſecundum cuiuſque rei, de qua agitur, naturam, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat §. *31. Inſtit. de Act.* Neque iſtud longiori aliqua con-

confirmatione indiget. Ex bonæ fidei actionibus nulla eſt arbitraria: ex ſtricti juris actionibus quaſdã appellamus arbitrarias, id eſt, ex arbitrio judicis pendentes *§.31. Inſt. de Act.* arbitrio, qualitatem arbitrariam actioni, cõciliante; non nomen dante, multò minùs ſpeciem Actionum arbitrariarũ extra actiones bonæ fidei & ſtricti juris conſtituente, *vid.* Menoch. *1. Arbitrar. iud. q. 3. & 4.* Vidimuſque, quæ in contrarium Duarenus *ad l. in actionibus de in lit. iur.* Loniotus *de Action. axiom. 60.* Donellus *ad §. 31. Inſt. de Act.* Iac. Menochius *d. loc.* alijque attulêre, ſolidum aliquid, quod premere poſſit, non vidimus. Ergo hæc ita tranſeant. De actione ea ex Edicto aduerſus *Nautas, Caupones, & Stabularios* ſermo fuit, quæ ob delictum familiæ ex quaſi maleficio datur, & in duplum, ſi arbitrio judicis reſtitutio facta non fuerit, *vid. ſupr.* Hæc perpetua eſt, & tamen aduerſus heredem non datur *l. 7. §. 6. Naut. Caupon.* perpetua, quoniam à fronte ſi eam adſpicimus, merè rei perſecutoria eſt, pendente judicis arbitrio, *vid. ſupr. hoc cap.* potiſſima pars vniuſcujuſque rei principium eſt *l. 1. De Origin. iuris.* Actiones ex delicto, quæ meram rei perſecutionem habent, vtut honorariæ poſt annum dantur *l. 35. de Obligat. & Actionib.* In heredes non datur hac actio, quatenus eſt pœnalis, non negatur

de eo, quod peruenit. Quoniam cum arbitraria ſit, & ideo perpetua quoque, meritò idem in hac actione obtinuerit, quod in actione *Quod metus cauſa* ſimiliter arbitraria & mixta obtinet, *conf. l. 16. in fin. l. 19. Quod met. cauſ.* ex Regula, quæ pluribus confirmata eſt *ſupr. libr. 1. cap. 15.*

CAP. XI.

Actiones arbitrariæ Caluiſiana, Fauiana, Pauliana, Redhibitoria, ex Edicto de publicanis, quatenus aduerſus heredes tranſitoriæ.

INter actiones arbitrarias etiam Caluiſiana, & Fauiana, quibus in fraudem patroni alienata reſcinduntur; Item Pauliana, quâ reuocantur ea, quæ in fraudem creditorum geſta ſunt. Tum etiam actiones Ædilitiæ, Redhibitoria, ſcilicet, & æſtimatoria, ſiue Quanti minoris, recenſentur, vt & actio ex Edicto de publicanis *l. 1. §. 22. l. 5. §. 1. Si quid in fraud. patron. l. vlt. §. 1. l. 10. §. 19. & 20. Quæ in fraud. cred. l. 45. l. 43. §. 9. de Ædil. act. l. 1. de publican. vid.* Iacob. Menoch. *1. Arbitrar. iud. q. 5.* Zaſ. *ad §. præterea*

prætereanum. 11. Inſt. de Act. Loriot. *de Action. axiom. 69.* Ioh. Mathæ. Magn. *1. rat. & diff. 13.* Fabiana eſt actio in perſonam, non in rem *l. 1. §. 26. Si quid in fraud. patron.* non annalis, ſed perpetua, quia habet rei perſecutionem *l. 3. §. 1. d. tit.* Vnde & heredibus patroni datur, & in heredes cæteroſque ſucceſſores *d. l. 1. §. 26.* Quamuis ex delicto ſit, ſi credimus Oldendorpio *6. claſſ. act. 2.* cui non adſentior. Quid enim ſi ex delicto eſſet, ex dolo liberti mortui eſſet; ex quo, vix veriſimile, vt viuenti patrono eiuſue heredibus aliquam voluerit prætor Fabius actionem naſci. Quid ergo, naſcitur hæc actio ex jure proprio patroni *l. 1. §. 26. Si quid in fraud. patron. fac. l. 1. de Obligat. & Action. §. 3. Inſtit. de ſucceſſ.* in re, quæ fraudem liberti paſſa *d. l. 1. §. 27. Si quid in fraud. patron.* daturque ad reuocandam eius alienationem, quæ fraude liberti facta; non vt ſit actio realis, ſed adcommodatione prætoria ei ſimilis *arg. §. 5.* ibi *Quod genus, Inſtitut. de Actionib.* aliàs verè perſonalis, ſicuti actio ex teſtamento. Quid ita? Hæc non eſt hereditaria, id eſt ex bonis defuncti, ſed propria legatarij *fac. l. 1. §. 26. Si quid in fraud. patr.* Similiter actio Fabiana eſt propria patroni, non hereditaria *d. l. 1. §. 26.* Ergo quid ni, hæreditariæ actionis loco veluti habetur actio ex teſtamento

continineat & poſt annum detur *vid.ſupr.* Verũ hæc hactenus de Fauiana & Caluiſiana, quæ in eo & multis alijs conueniũt. Succedit Pauliana: Hæc ea, quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, reuocat *l.38.§.4.de vſur.* Creditores ſiquidem, qui miſſi fuerint in bona, habent actionem Paulianam realem *iuxt. §. 6. Inſt. de Act.* Sin minus; perſonalem *juxt. l. 1. & 14. Quæ in fraud. credit.* Quomodo tradi à nobis oportuit *7. Membran. c.vlt.* ne vapularet Tribonianus *20. coniect. 16.* eaque in re ad probatorem poſtea nacti ſumus inſignem illum noſtræ Academiæ Anteceſſorem Timæum Fabrum *in diatyp. quæſt. ſel. 37.* De actione Pauliana, quatenus in rem eſt, fruſtra diſſereremus, quatenus aduerſus heredem dari non prohibeatur, cum aduerſus poſſeſſorem detur. Ergo ad alteram ſpeciem tranſeundũ, de qua ita prætor: *Quæ fraudationis cauſa geſta ſunt, cum eo, qui fraudem non ignorauit, de his curatori bonorum vel ei, cui ea de re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi poteſtas fuerit, actionem dabo, idque etiam aduerſus ipſum, qui fraudem fecit, ſeruabo. l. 1. Quæ in fraud. cred.* Edictum, ex quo non obſcurè cernitur, ex dolo hanc actionem oriri & dari *conf. l. 9. d. tit.* ex dolo, inquam, non tantùm eius, qui fraudem fecit, ſed & eius, cui alienatum eſt fraude non ignorata *d. l. 1. l. 10. §. 2. Quæ in fraud. cred.* neque iniquum

eſt actionem dari in ipſum etiam fraudatorem, cui bona ablata ſint. prætor enim actionem hanc hoc caſu concedendo non tantùm emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus eſt bonis quàm pœnam *l. vlt. §. 7. Quæ in fraud. cred.* Ac ſi diceret; pœna eſt actione ex delicto teneri & conueniri, quæ quoad emolumentum futura ſit inanis. In eum, cui alienatum eſt, danda fuit hæc actio, ſi conſcius fuerit & fraudem participârit *l. 10. §. 2. Quæ in fraud. cred.* aliter quàm in Fauiana & Caluiſiana, vtpote in quibus non diſputetur de dolo eorum, quibus in fraudem patroni alienatum eſt, ſed de dolo liberti mortui *l. 1. §. 4. §. 12. in fin. Si quid in fraud. patron.* Cauſa, quæ nos tam audentes fecit, vt tentare non dubitauerimus, *ſupr. hoc eod. cap.* an non actiones iſtæ ex quaſi contractu deducendæ potius ſint, quàm ex delicto. Quid ita? æſtimatio quaſi emptionem facit *l. 1. de æſt. act. l. 22. de Act. rer. amot. l. 6. C. Soluto matr. l. 2. C. de oblig. l. 19. de Obligat. & Action.* Caluiſianæ & Fabianæ æquitas dependet ab æſtimatione, videlicet, vtrum is, cui in fraudem alienatum eſt, malit rem, quam accepit, habere iuſto pretio, an verò à re diſcedere pretio recepto, *l. 1. §. 12. Si quid in fraud. patr.* Sane ex hac quaſi contractus figura *arg. l. 1. de obl.* quid ni orirentur darenturque? Alia quidem ratione

vſus

vſus ſum *ſupr.* fortean hæc melior. Aut ita videtur mihi; ponderato accuratiùs iſto qualicunque negotio. Quid enim arbitrio judicis rei perſecutio, quæ eis ineſt, ſubijcitur *l.1.* §. *12. Si quid in fraud. patr.* nondum annales ſunt, vtut prætoriæ. Pauliana, quoniam ex dolo detur, annalis eſt *l.1. l.6.* §. *vlt. l.10. Quæ in fraud.* non quia arbitraria ſit; Tum rei perſecutoria & pœnalis eſt eodem modo, quo actio de *dolo* talis eſt, quatenus arbitraria eſt, *vid. ſupr. cap. 8. hoc libr.* Actio autem de *dolo malo* aduerſus heredes non datur, niſi quatenus locupletior inde hereditas ad eos peruenerit *l. 26. de dol.* Similiter hæc *Pauliana* heredi cæteriſque ſucceſſoribus non ſolùm, ſed & in heredes ſimileſque perſonas competit in id, quod ad eos peruenit *l. 10. in fin. l. 11. Quæ in fraud. cred.* Alia eſt actio illa an factum, quæ ex hoc Edicto poſt annum de eo, quod ad eum peruenit, aduerſus quem actio mouetur, competit. Hæc actio ſubſidiaria eſt Paulianæ, ne in lucro moretur, qui lucrũ ſenſit ex fraude. Siue igitur ipſe fraudator ſit, ad quē peruenit, ſiue alius quiuis, competit actio in id, quod ad eum peruenit, doloue malo factum eſt, quò minùs perueniret, *l.10.* §. *24. Quæ in fraud. cred.* Neq; ſufficit ſcire, actionem hanc eſſe Paulianæ annali ſubſidiariam, & perpetuam, ſed & ſciendum ex delicto eam eſſe, & mere rei perſecutoriã, contra

contra eos, in quibus regula eſt, ac ſi omnes actiones ex delicto tā à parte Actoris, quam Rei, merè rei perſecutoriæ aduerſus heredes in ſolidum dentur. Contrarium patet ex huius itidem actionis exemplo, alijſque, quæ paſſim adnotauimus. Neque hæc difficultatem habent. Vna adhuc difficultas reſtat *ad l. 9. Quæ in fraud. cred.* Vbi Paulus ait, eum, qui quod dolo malo, id eſt in fraudem creditorum, emit, & alij bona fide ementi vendidit, in ſolidum pretium, quod accepit, teneri. Quomodo inquit Anton. Faber, *20. coniect. 14.* in ſolidum pretium? Quid enim ſi vendiderit vili pretio, rem, quæ erat multò pluris? an cogentur miſeri fraudatique creditores contenti eſſe eo pretio, nec poterunt conſequi, quanti reuera res eſt, cum ſi ſecunda venditio facta non fuiſſet, rem ipſam eſſent reuocaturi nullo pretio reſtituto *l. 7. Quæ in fraud. cred.*? Equidem haſce dubitandi rationes adprehendo, non reprehendo. Quid ergo? Si virum Ampliſſimum audimus, vel delenda ſint ea verba, *quod accepit*, vel addita negatione legendum, *quod non accepit*: Quod probabilius arbitratur *d. loc.* Non adſentior. Emptor iſte malæ fidei, qui bona fide ementi vendidit, in ſolidum rei pretium tenetur quod accepit eo tempore, quo ipſus dolo malo emerit. Non verò vt in idem pretium teneretur, quod accepiſ-

cepiſſet à ſecundo emptore. Siquidē in fraudē creditorū cum emerat, eo ipſo interpretatione iuris poſt factam traditionem pretium tantum acceperat, quanto tunc vendi poterat. Eòque pertinet, dum ait Paulus in ſolidum pretium eum teneri *in d. l. 9.* vt intelligeremus id conſtituendum eſſe, ex corpore ipſo, fructibus, omnique cauſa æſtimatis *arg. l. 10. §. 19. & 20. Quæ in fraud. cred.* Atque iſta perfunctoriè de *Pauliana* natura. Sequuntur nunc ædilitiæ actiones, Redhibitoria ſcilicet, & æſtimatoria, ſiue Quanti minoris; quas qui arbitrarijs actionibus aggregarunt, eos nomen ſuum ea in re profiteri fecimus, *ſupr. hoc cap. in princ.* In alia ſententia eſt Ioh. Oldendorpius *4. claſſ. act. 2.* cui ſubſcripſit Ant. Faber in illa æſtimatoria, ſeu Quanti Minoris, non item in Redhibitoria, *vid. 94. decad. err. 6.* Ex bonæ fidei iudicijs nullæ actiones arbitrariæ producuntur *fac. l. 7. de eo, quod cert. loc.* Hæ actiones ſunt ex contractu emptionis & venditionis *l. 23. §. 4. de Aedil. act.* non tam vi conuentionis, (alioquin actiones bonæ fidei eſſent, quàm ex tacitâ naturâ ex Edicto Ædilium ei datâ *l. 1. de Aedil. act. l. 11. §. 3. de Act. empt.* Propter obligationem ex contractu ceu acceſſoriæ competunt tamen heredibus & aduerſus heredes omnes *d. l. 23. §. 5. §. 8. §. 9. l. 48. §. 5. de Aedil. act.* Ac quidem vtut non perpetuæ, & aliquando pœnales exiſtant

exiſtant *d. 23. §. 4. iuxt. l. 45. d. tit.* in ſolidum *conf. libr. 2. c. 1. & 2. ſupr.* ex generali regula, quæ propoſita eſt *libr. 1. c. 1. cap. 11.* vt & facta heredum, quæ poſtea acceſſerint, & quod experiri potuerint, quærantur *d. l. 48. §. 5. de Aedil. act.* Euidens iterum differentia, quæ eſt hac in re inter actiones ex contractu vel quaſi, & eas, quæ ex delicto vel quaſi proficiſcuntur. illæ aduerſus heredes in ſolidum tranſmittuntur. Hæ non item: veluti actio ex *Edicto de publicanis*, quæ, quia ex delicto ſit, aduerſus heredem non datur vltra quàm locupletior factus ſit *l. 4. de publican.* Quid ita? arbitraria eſt, *l. 1. de public.* igitur pendet pendente judicis arbitrio, Secuturaque juxta illud reſtitutione. Quòd ſi autem nulla reſtitutio exſpectetur, fertur ſententia in duplum intra annum; poſt annum in ſimplum *d. l. 1.* Hæc merè rei perſecutoria eſt, & perpetua: & tamen in ſolidum aduerſus heredem non datur *l. 4. d. tit.* Illa partim pœnalis, partim rei perſecutoria, quatenus inſtituitur & arbitrio judicis nullâ reſtitutione factâ, terminatur, aliàs merè rei perſecutoria, ſi vi arbitrij terminatur.

CAP.

Cap. XII.

De Actione Rerum amotarum : an quædam condictionis ſpecies ſit , tum etiam actio arbitraria.

INter arbitrarias actiones non connumerata eſt actio Rerum amotarum ab Imperatore *in* §. *31. Inſt. de Act.* connumeratur tamen vulgò ab Interpretibus , *vid.* Iacob. Menoch. *1. arbitr. iud. 5. num. 8.* Petr. Loriot. *de Action. axiom. 69.* Donell. *ad* §. *præterea Inſtitut. Action. num. 8.* Quod refero, ne primus aut ſolus eius opinionis author videatur Ant. Faber *92. decad. err. 8.* dum ait, ante ſe *fortaſſis neminem dixiſſe , Actionem rerum amotarum eſſe arbitrariam.* Rectè, *fortaſſis.* Actio Rerum amotarum eſt ſpecies quædam condictionis ex non juſta cauſa *l. 25. l. 26. de Action. rer. amot.* Seu furtiua, *fac. l. 29. d. titul.* Quod ita dicendum , vt eam perſonalem eſſe actionem intelligamus *fac. l. 1. C. de donat. quæ ſub mod.* non realem , vtut res noſtra per eam repetatur *l. 1. C. Rer. Amot.* Eſt condictio quædam ex non Adoptio ſicuti nomen eſt generis , & ſpeciei §. *1. Inſtitut. de Adop.* Ita in genere omnes perſonales actiones ſunt etiamnum hodie condictiones

§. *15.*

arbitrariæ, an non vim ſententiæ haberet, quæ tantam vim haberet, vt ſi arbitrio non fuerit paritum, contumacia talis vnà cum debito per ſententiam decidenda eſſet? Et tamen ita docere auſi ſunt *92. decad. err. 7.* cum aiunt, actionem rerum amotarum continere arbitrium judicis reddendis rebus amotis, & ſi non reddantur, condemnandam eſſe mulierem, quæ res amouit, quanti vir in litem jurauerit *l. 8. §. 1. & l. ſeq. de Act. rer. Amot.* non quia deliquerit, & furtum fecerit, ſed quia noluerit reddere. Omnino male. Tenetur namque mulier actione rerum amotarum ex delicto & ob delictum, quo amouit. Arbitrio liberum eſt parêre vel non parêre: aut arbitrium non eſſet, ſed decretum obedientiam exigens, contumaciam puniens. Quod ſecus eſt. Actio rerum amotarum introducta eſt jure ſingulari, vt clementius coniux contra coniugem ageret, quàm extraneus aliquis inter extraneos, id eſt, non coniuges *l. 1. de Act. Rer. Amot.* Atqui inclementius cum coniuge in hac actione ageretur, quàm cum alio in vlla actione arbitraria, ſi propter contumaciam ex arbitrio non parito reſultantem condemnanda eſſet miſera mulier, quanti vir in litem jurauerit *juxt. l. 8. §. 1. de Act. rer. Amot.* Quid ita? In actione *Quod metus cauſa* non ſtatim quadrupli eſt actio, ſed ſi res non re-

ſtituatur. Cum enim arbitraria ſit, habet Reus licentiam vſque ad ſententiam ab arbitrio datam reſtitutionem rei facere. Quòd ſi non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patietur *l. 14. §. 3. in fin. §. 4. Quod met. cauſ.* Iam autem quid dicemus? ſi Aduerſarius audiatur; dicet in actione *Quod metus cauſa* tripli pœnam ſimplo adjici in condemnatione non ob delictum iniecti metus, ſed ob contumaciam *vid. 80. decad. err. 4.* Omnino malè. Siquidem ita delictum ipſum relinqueretur impunitum, & contumacia, quæ nulla intercedere potuerat, aut naſci ex arbitrio non parito ſine deſtructione naturæ, quam habet arbitrium, ſola puniretur contra licentiam iſtam, quâ Reus gaudet ad ſententiam vſque, vt poſſit reſtituere, ſi velit pœnam euitare. Quo quid alienius? Simplum & pœna tripli in actione *Quod metus cauſa* in petitione eſt, niſi arbitrio judicis ante ſententiam ſimplum reſtituatur. Sic cum non reſtituitur, condemnatio fit juxta id, quod in judicium deductum eſt ex natura actionis, non juxta contumaciam eam, quæ non eſt contumacia, ſed licentia *d. l. 14. §. 4. Quod met. cauſ.* ex prætoris clementia *d. l. 14. §. 1.* Atat quomodo clementia eſſet, aut licentia, ſi contumacia tanta eſſet, vt pœnâ tripli digna eſſet. Pœna tripli eſt pœna ipſius delicti per

iniectum

iniectum metum commiſſi. Dilatio eius pœnæ ad ſententiam vſque mera clementia eſt. Quanto inclementius ageretur in actione rerum amotarum, ſi in ea rei reſtitutio ad ſententiam vſque dilata & recuſata per ſententiam declararetur contumacia, quæ in actione *Quod metus cauſa* omnique alia arbitraria eſt licentia. Contumacia, quæ ſtatim puniretur, muliere condemnata, Quanti vir in litem jurauerit, aliter quam fit in vlla actione arbitraria. Quid enim, in actione doli mali reſtitutio rei ad ſententiam vſque comprehenditur, & niſi arbitrio judicis fiat reſtitutio, ſequitur condemnatio, Quanti ea res eſt. *l. 18. de dol. mal.* non certè condemnatio, quanti actor in litem jurauerit. Et tamen ignorat nemo mitius agi cum muliere, quæ actione rerum amotarum conuenitur, quàm ſi actione de dolo conueniretur, etiam exceptâ infamiæ causâ. Atat grauiùs puniretur mulier, ſi rebus amotis arbitrio judicis non reſtitutis, per ſententiam condemnaretur, quanti actor in litem jurauerit. Ac quidem an non eo ipſo pœnalem condemnationem mulier pateretur in actione iſta, quæ nec à parte Rei, nec à parte actoris pœnæ conſequendæ gratiâ comparata eſt? Condemnatio creſcit ex contumacia non reſtituentis per juſiurandum

in litem. Non enim res pluris fit per hoc, ſed ex contumacia æſtimatur vltra rei pretium *l. 1. de In lit. iur.* Sed quomodo creſcit condemnatio ex contumacia non reſtituentis? condemnatio, antequam facta eſt, non poteſt creſcere, aut excederet id, quod in iudicium deductum eſt, *contr. l. 18. Commun. diuid.* Quid ergo? poſtquam facta eſt, creſcit ex contumacia ſententiæ non ſatisfacientis *fac. d. l. 18. de dol.* Plane vt, ſicuti propter contumaciam eam deuenitur ad æſtimationem litis per iuramentum in litem, ſi aliter ſententia ad effectum perduci minus poſſit, ita iuramentum iſtud, de quo agitur *in l. 8. §. 1. de Act. rer. Amot.* ad ſententiæ, quæ in actione rerum amotarum lata *fac. l. 22. d. tit.* exſecutionem pertineat, non ſit de ſubſtantia, nedum forma ipſius ſententiæ, quæ exſequenda, *conf. l. 46. de Rei vindic.* Tantum abeſt, vt credere teneamur, actionem rerum amotarum idcirco inter actiones arbitrarias connumerandam eſſe, quòd muliere, res quas amouerit, non reddente, æſtimari debeant, quanti vir in litem iuraſſet. *iuxt. l. 8. §. 1. de Act. rer. Amot.* Debent æſtimari delato in litem iuramento propter contumaciam *l. 10. d. tit.* non propter furtum, quod in veritate mulier aliàs fecit. Argumentum neceſſarium, ex quo concludas, & contumaciam iſtam, & iuramentum iſtud in litem,

de quo

de quo agitur *in d. l. 8. §. 1.* in executione ſententiæ augere judicatum, ne luſorium ſit. Idemque quod hactenus hac de re in Actione rerum amotarum diſputatum eſt, dicendum omnino erit de actione Fauiana, cum dicitur in ea, ſi res non reſtituatur, tanti damnandum eſſe reum, quanti actor in litem jurauerit. *l. 5. §. 1. Si quid in fraud. patron.* non vt propterea tutum ſit, eam aut Caluiſianam ſi velimus, inter actiones arbitrarias connumerare. In arbitrarijs actionibus ante ſententiam arbitrio parendi vel non parendi licentia tanta eſt, vt nulla exiſtere poſſit contumacia tanta, quæ ſententiam juxta naturam actionis inſtitutæ pronuntiandam augeat. Actiones Caluiſiana & Fauiana, ſi arbitrariæ actiones ſunt, ex arbitrio, cuius fit mentio *in l. 1. §. 12. Si quid in fraud. patr.* tales eas eſſe judicandum eſt: aliàs ſecus. Similiter de arbitrio judicis, ex quo actio rerum amotarum eſſet actio arbitraria, oſtendendum eſſet, aut vereor valde, ne vllo ex loco hæc natura ei tribui ſecurè poſſit. Ita quidem eſt, vt Tryphoninus ſcripſerit in actione rerum amotarum, res ſi pluris factæ non reſtituuntur, quæ amotæ ſunt, creſcere æſtimationem, vt in condictione furtiuæ rei *l. 29. de Act. rer. Amot.* Quid tum? condictio ex cauſa furtiua non egreditur retrorſum judicij accipiendi tempus

l. 2. §. 3. de priuat. del. Fortean eò reſpexerit Tryphoninus, vt intelligeremus in actione rerum Amotarum, ſi tempore litis conteſtandæ res, quæ amotæ ſunt, non reſtituuntur, creſcere æſtimationem rei, quanti vnquam plurimi fuit, vt in condictione rei furtiuæ *l. 8. §. 1. de Condict. furt.* nòn vt vel ex illò vel ex alio loco oſtendi poſſe videatur, actionem rerum Amotarum eſſe actionem Arbitratiam. Falli poſſum, & vbi certiùs edoctus fuero, cedam lubenter rationi certiori & meliori. Qùam adeò ad rem teſtis eſſe poſſit Cornelius Syluius Clariſſimus & eruditiſſimus Anteceſſor in Academia Leydenſi Batauâ; cui communicata hac meà opinione, per occaſionem cum me inuiſeret, idem prorſus videbatur ex tempore pro ingenij promptitudine, qua valet, quod mihi. Quid enim, inquit, Actio rerum amotarum aut conferatur cum actione furti; aut cum condictione furtiua. In veritate vnum delictum eſt, quod vertitur in tribus hiſce actionibus *l. 29. de Act. rer. amot.* At neque in actione furti, neque in condictione furtiua, arbitrio judicis Reus ſuum delictum vel factum expiârit. Ergo nullam, inquiebat, videri rationem velle, vt velle debeamus actionem rerum amotarum facere magis arbitrariam, quàm actiones illas. Statim quippe in illis procedi

cedi ad condemnationem nullo requiſito arbitrio, ne arbitrio minus aut magis nocens fiat Reus, quàm eſt, aut ſententia declarari debet. Idem dici oportere eadem ex ratione in hac rerum amotarum actione. Maxime cum nemo ignoret, etiam in bonæ fidei judicijs in litem jurari, non vt propterea fiant, cenſeanturue arbitraria, *l. 5. de In lit. iur.* ſicuti nec actiones illæ ſtricti juris, in quibus ex cauſa in litem jurari permittatur *juxt. l. 5. §. 1. l. 9. de In lit. iur.* Sed hæc ſufficiunt ad cognoſcendam hujus actionis naturam, an & quomodo ſit arbitraria. aut quid ſufficiet? æſtus me, neſcio, quis tulerit per iſtas ſyrtes. Reſtat præcipua cura; vtrum hæc Rerum amotarum actio, quæ ex delicto eſt, aduerſus heredem in ſolidum detur. Nam ita jam pridem ſenſerat vir Ampliſſimus *4. coniect. 1.* cui contradiximus *1. Membran. 18.* obtinuimuſque, vt opinione mutata ſententiam noſtram amplexus ſit, ſed allatâ nouâ iſtâ differentiâ inter actiones ex delicto natura ſuâ ab vtraque parte merè rei perſecutorias, & eas, quæ non per ſe aut natura ſua, ſed ex arbitrio judicis rei perſecutionem continerent, inter quas & hæc rerum amotarum actio connumeranda eſſet, & proinde aduerſus

heredes non vltra quàm ad eos peruenerit, tranſitoria, aliter quàm illæ ſint. Differentia, quæ à nobis recepta non eſt, & iam pluſquam vno loco confutata *vid. ſupr. hoc libr. 2. & 3.* ad ipſam igitur quæſtionem procedendum eſt, ſed quæ vel integrum quoque requiſierit caput. Quid tum? breuis eſſe recuſo, ne obſcurus fiam.

CAP. XIII.

Actionem rerum amotarum non in ſolidum aduerſus heredes competere, ſed in quantum peruenerit.

RErum amotarum judicium ſingulare introductum eſt aduerſus eam, quæ vxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere poſſe ob vitæ ſocietatem in qua cum marito vixerit eo tempore, quo diuortij cauſa furtum fecerit, *l. 1. de Act. Rer. Amot.* Oritur tamen hæc actio ex delicto *l. 21. §. 5. de Act. rer. amot.* quod furtum in veritate appellatur, etſi furti actio vel condictio furtiua in honorem matrimonij negetur *l. 2. l. 29. d. tit*: Quid audio, eſſe, qui ſcribere auſi: actionem hanc naſci ex male contractu matrimonij *l. 52. de Re iudic.* vt intelligamus parum, aut nihil differre male contractum illum

illum à delicto, poſſeque illa coniungi tanquam hac in parte ſynonima. Non quod omne delictum ſit male contractus, ſed quia omnis malè contractus ſit delictum. Hæc extant *78. decad. err. 6.* Quæ profectò ſubtilitas, non quis intelligat, cui bono. malè contractus & delictum ſunt ſemper ſynonima, aut cur male contractum Tryphoninus tam diſertè per additam *delicti* vocem explicaſſet *in d. l. 52. vid. ſupr. libr. 1. c. 8.*? Actio rerum amotarum non tam pendet à contractu, quàm diſtractu matrimonij, id eſt, diuortio. *l. 25. de Act. rer. amot.* aut aliàs ſi ex contractu matrimonij origo eius deſumenda eſſet, in ſolidnm aduerſus heredem non tantùm danda eſſet, ſed ex delicto eam oriri falſum eſſet nedum vt penderet ex furto. Quod tamen veriſſimum eſt. *l. 21. §. 5. & 6. de Act. rer. amot.* Memoria matrimonij, & vitæ ſocietas, quæ fuit, cum furtum diuortij cauſa fieret, honeſtatem actionis huius commendant, originem furtiuam non abolent. *l. 1. l. 21. in fin. l. 29. de Act. rer. Amot.* Quid ergo, ſi tam honeſta eſt hæc actio, vt honeſtior ſit, quam actio furti, aut etiam condictio furtiua *l. 3. §. 2. §. 3. & 4. d. tit.* cur datur diſſoluto tantùm matrimonio, & non eo conſtante *juxt. l. 25. d. tit. l. 2. C. eod. tit.*? Sane enim videtur minus honeſtè coniugi moueri actio poſt diſſo-

 lutum

lutum matrimonium, quæ conſtante matrimonio in honorem matrimonij prohibeatur. Scrupulus tantus, qui Ant. Fabro quàm moleſtus fuerit, videre eſt ex *18. Decad. err. 8.* Quamuis mihi cur moleſtus foret? Ita Impp. *Divortij cauſa rebus uxoris à marito amotis vel è contra ab vxore mariti: rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio. Conſtante enim matrimonio neutri eorum neque pœnalis, neque famoſa actio competit, ſed de damno in factum datur actio. l. 2. C. Rer. Amot.* Ac ſi reſcripſiſſent. Quia enim neutri eorum neque pœnalis neque famoſa actio conſtante matrimonio competat, ideò actio rerum amotarum quoque, fieri non poſſe, ut conſtante matrimonio competat. Quid ita? ubi ob reuerentiam vel honorem exhibendum prohibita eſt actionis pœnalis vel famoſæ exercitio; ibi prohibita quoque cenſetur talis actio, quæ doli vel fraudis habet mentionem, licet pœnalis vel famoſa non ſit *l. 5. §. 1. l. 7. de obſeq. par. & patron. præſt.* Atqui actio rerum amotarum doli habet mentionem vel fraudis *l. 22.* ibi *dolo de act. rer. amot.* Quandoquidem pendeat ex furto *l. 21. §. fin. de Actiob. rer. Amot.* Furtum autem eſt contrectatio frauduloſa *§. 1. Inſtitut. de obl. ex del.* Vnde &, quoniam condictio quædam ſit, pendet ex cauſa famoſa *l. 31. de Obligat. & Actionib.* Planè ut haut mirer, cur conſtante matrimonio, & Du-

ſtante tam amica vitæ ſocietate actio rerum amotarum ceſſet *iuxt. l. 2. C. Rer. Amot*. eiuſque loco actio in factum de damno ſubſtituta ſit *d. l. 2.* Aut ſaltem ita ſi ſentiamus , ceſſabit facilè ardor emendandi *d. l. 2.* tum etiam querela iſta omnis de juriſprudentia Tribonianæ, ad quam re deploratâ ſe recipere non dubitauit An. Faber. *d. 81. Decad. err. 8.* Ita eſt; ſerui corrupti nomine & conſtante matrimonio marito in mulierem datur actio , ſed Fauore nuptiarum in ſimplum *l. vltim. de ſeru. corrup.* Non moueor , quia enim conſtante matrimonio neque pœnalis neque famoſa actio conjugi contra conjugem dari debeat *iuxt. d. l. 2. C. Rerum Amot.* ideo nec ſervi corrupti actio: vtpote quæ licet famoſa non ſit *l. 6. de obſeq. par. & patron*, ſua tamen turpitudine non deſtituatur *l. 56. pro Soc.* Nomine rerum amotarum actio in factum de damno conſtante matrimonio conjugi contra conjugem datur *d. l. 2. C. Rerum Amotar.* ita & nomine ſerui corrupti de ſimplo in factum actio eſt, de qua agitur *in d. l. vltim. de ſeru. corr.* non ipſa ſerui corrupti actio. neque aliam conſiderationem quoque meretur actio Legis Aquiliæ ex *tertio capite*, quàm de nudo damno vitando *l. 27. §. 5. Ad L. Aquil.* Planè vt mirum non ſit , eam conjugi contra conju-

coniugem dari etiam conſtante matrimonio *in d. l. 27. §. 30.* Siquidem turpis non ſit, aut vllo modo pœnalis ex iſto capite; damnumque ex culpa reſpiciat duntaxat, citra vllam doli mentionem. Quòd autem res læſa juxta *tertium iſtud legis caput*, æſtimetur, quanti ea res fuerit in diebus triginta proximis *d. l. 27. §. 5.* ad præcidendam omnem pœnæ ſuſpicionem pertinet magis, quam inducendam: cum aliàs ſi pœnalis eſſe videretur, æſtimatio quanti eo anno plurimi tribueretur *fac. §. 9. Inſt. Ad L. Aquil.* Similiter habet maritus in caſu iſto, de quo agitur *in l. vlt. §. vlt. C. de furt.* aduerſus vxorem rerum amotarum actionem, ſed ſuo tempore exercendam. Conſtante autem matrimonio eam exerceri poſſe nequidem iſthic ſcriptum eſt. Ceterùm hæc obiter aduerſus ea, quæ diſputantur *d. 81. decad. err. 9.* nobilior ſuccedit harena in qua congrediamur, vtrum actio Rerum Amotarum aduerſus heredem in ſolidum detur. Opinio, quam quidem Dominus Faber in poſterioribus laboribus mutauit & damnauit. Quid tum? Quia enim extare non deſinit in *coniecturarum libro* ac ſi exſpectet aliquem adhuc è poſteris fortè adprobatorem, è re fuerit, vt quatenus illic extet, examinetur & confutetur. Ac quidem mouebatur primitus, vt ita ſentiret, ex eo, quod actio rerum amo-

tarum rei perſecutionem contineat *l. 21. §. 5. de Act. rer. Amot.* Quæ verò ſint eiuſmodi, contra heredes in ſolidum dentur *l. 35. de Obl. & Act.* Regula, quæ in obligationibus ex delicto, qualis eſſe actio rerum amotarum præſupponitur, nullâ lege, multò minùs ex *d. l. 35. de Obl. & Act.* comprobari poſſit, *vid. ſupr. libr. 1. c. 10. c. 12.* Quid enim, de honorarijs actionibus agitur *in d. l. 35.* in quibus definierit Caſſius eas, quæ rei perſecutionem habeant, etiam poſt annum dari; cæteras intra annum. Vnde colligere Aduerſarius auſus; honorariæ actiones, quæ rei perſecutionem habent, ſi poſt annum dentur, ergo etiam in ſolidum aduerſus heredes eaſdem competere. Collectio, quæ ſicuti falſa eſt & erronea in actionibus honorarijs ex delicto *vid. ſupr. libr. 2. c. 1.* ita damnari multò magis probatio debet, quam hinc deſumit, vt oſtendat propterea actionem Ciuilem, qualis eſt actio Rerum amotarum *vid. ſupr. c. 12.* quia poſt annum detur, in ſolidum neceſſariò competere. Non aliter ac ſi diceres: actio honoraria ex delicto, veluti de dolo, eſt annalis, ergo & rerum amotarum actio, quæ ex jure Conſtituto id eſt jure Conſtitutionum *l. 20. & 21. de legib.* deſcendit, vt annalis ſit, neceſſarium fore. Firmiùs aut inde quomodo argumentarentur, niſi ducta ſimilitudine ab hono-

honorarijs ex delicto actionibus rei perſecutorijs, ad actiones ex delicto Ciuiles? Similitudo, quæ more ſuo claudicat, neceſſitate quadam nihil probat. Similis efficaciæ argumentum eſt, quod Aduerſarius deſumit ex *l. 3. §. fin. de act. rer. Amot.* vbi Paulus ſcribit; mortua filiafam. quæ mariti res amouit, in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere, niſi ex ea re locupletior factus ſit. Scilicet hinc colligit, ſi mortuâ filiâfam. in patrem actio rerum amotarum detur duntaxat, quatenus ex rebus à filiafam. amotis factus fuerit locupletior: extraneos heredes, quorum cauſa minus, fauorabilis eſſe ſolet, in ſolidum condemnari debere. Mirabilis mehercule probatio. Quid enim? patrem cum herede extraneo aut comparare nobis licet, aut non licet. Qui comparat patrem cum herede extraneo, admittit eo ipſo patrem filiæfamil. eſſe quaſi heredem. Sin comparari pater cum extraneo herede non poſſit, cur ab exemplo patris conditionem heredis extranei lubet metiri? adeò à ſeparatis argumentatio iſta eſt, & ſtringit non magis, quàm ſi ita quis diceret. Ex dolo filijfamil. defuncti non datur actio de dolo in patrem, niſi quatenus ad eum ex dolo iſto peruenit *l. 26. de dolo.* ergo in extraneos heredes, quorum ſcilicet

cauſa minùs fauorabilis eſſe ſolet, dabitur actio de dolo in ſolidum. Vt non dicam, quàm ſtudioſè *d. cap. 1. conjecturar. libr. 4.* docuerit Faber, mortuâ filiâ, quæ mariti res amouerit, non dari in patrem judicium rerum amotarum, ſed id, in quo pater locupletior exiſtat, actione *de peculio* patri auferendum eſſe. Scilicet oblitus ſententiæ tam falſæ fateri poſtea cœpit; actionem rerum amotarum de eo, quod mortua filia ad patrem ex rebus amotis peruenerit, partem competere. Valde bene: niſi addidiſſet in patrem actionem rerum amotarum eatenus competere fauore patris; in extraneos heredes propter fauoris iſtius defectum in ſolidum. Equidem neſcio quid ſit jus neſcire, ſi neſciamus contra jus hæc dici. Mortuâ namque filiâ pater in eo, quod ex rebus amotis ad eum peruenerit, quaſi filiæ heres tenetur *fac. l. 3. §. 9. de minor. l. 4. §. 1. de Statulib.* aut fieri quomodo poſſet, vt directa rerum amotarum actione tale lucrum ei extorqueretur *iuxt. d. l. 3. §. vlt. de Action. rer. Amot.* aliter quàm eâ viuâ *l. 4. d. tit.* In quo grauiter hallucinatus eſt Aduerſarius *d. c. 1. libr. 4. coniectur.* Dum vtilem rerum amotarum actionem concedere videtur ex furto filiæfam. mortuæ aduerſus patrem, quatenus locupletior factus fuerit.

Atque

Atque hæc ita cum ſeſe habeant, vtique verius eſt, vt pater, ſi eatenus quaſi filiæ heres eſt, neceſſariò debeat cum quibuſuis heredibus comparari. Non vt hi teneantur grauiùs quàm pater, poſteaquam eadem iuris ratio, quæ patri aufert, quod ad eum peruenit, in quibuſuis heredibus militet, & non alia; videlicet ne cum alterius jactura ex delicto defuncti heres locupletetur impunè *l. 3. §. 12. de pecul.* Sequiturque nunc porro argumentum vltimum *ex l. 6. §. 3. de Act. rer. amot.* quo loco Paulus inſinuare videtur, ac ſi heres mulieris ex cauſa rei amotæ teneatur, ſicuti condictionis nomine ex cauſa furtiua, Quod ipſum Antonius Faber interpretatur, ac ſi ſcriptum foret; heredem mulieris rerum amotarum actione in ſolidum teneri, poſteaquam idem juris ſit in condictione furtiua *l. 9. de Cond. furt.* In contrarium ego eâdem libertate inuertere iſtud quo colore prohiberer, ſi dicerem, nihil aliud hoc eſſe quàm mulieris heredem actione rerum amotarum in id, quod peruenit teneri? poſteaquam ex cauſa furtiua non amplius ab herede furis condicatur *vid. cap. ſeq. infr.* Plus quid addam? hæ ſunt tres illæ ſpecioſæ rationes, quibus Faber contendit contra omnes omnium interpretum ſententias poſſe defendi actionem rerum amotarum contra heredem in ſolidum dari. Ac

quidem,

quidem, quod mirêre, eâ confidentiâ, vt non vereatur abſerere, nullam juris rationem, nullamque legem in contrarium adduci poſſe, præter *l. vlt. C. Rer. Amot.* cum tamen regula generalis ſit, juriſque abſolutiſſimi, eo, qui aliquid deliquit, defuncto, ſucceſſores eius, in quantum ad eos peruenerit, conueniendos eſſe, non verò in ſolidum. *l. vnic. C. Ex delict. defunct.* Atat incognitum non eſt, maritum aut mulierem, quæ rem diuortij cauſa amouit, deliquiſſe *l. 1. l. 21. §. 5. & 6. l. 29. de Action. rer. Amot.* Quid ergo? in regulæ conſtitutione præcipua noſtra diſſenſio eſt. Faber actiones quaſlibet & omnes ex delicto, modò rei perſecutionem, & non pœnam habeant, aduerſus heredem in ſolidum competere ſuſtinet. Ego regulam conſtituo; in actionibus ex contractu vel quaſi obtinere tantùm: non in actionibus ex delicto *vid. ſupr. libr. 1. c. 1.* vtpote in quibus regulare ſit, vt quamuis rei perſecutionem habeant, tamen ijs heres, non vltra quàm peruenerit, conueniri queat vel etiam debeat. Hæc regula ijs confirmatur argumentis, quibus jam vſus ſum, *ſupr. hoc. libr. c. 3.* tum nominatim comprobatur *ex l. vlt. C. Rer. Amot.* ad cuius explicationem jam peruentum eſt. Verba autem ſunt clara, mens receptæ iſti regulæ vnicè conſentanea. Nam ita Impp.

de rebus, inquiunt, *quas divortij cauſa quondam vxorem tuam abſtuliſſe proponis, rerum amotarum actione contra ſucceſſores eius non in ſolidum, ſed in quantum ad eos peruenit. Quod ſi res extent, dominij vindicatione vti non prohiberis.* Conſtitutio, quæ nullis interpretationibus eludi poteſt; nedum interpretatione illa, quam attulit Aduerſarius: ac ſi aliud ſit, ſi quis dicat, heredem non teneri rerum amotarum actione in ſolidum, quod falſum ſit: aliud verò, ſi quis dicat heredes non teneri in ſolidum, ſed in quantum ad eos peruenit, prout ſcriptum eſt *in d. l. vlt.* quaſi hac poſteriori locutione illud ſignificetur, cum plures ſunt heredes eius, qui res amouit, ſingulos in ſolidum non teneri, ſed vnumquemque pro ea duntaxat parte, quæ ad eum peruenit: cum tamen omnes ſimul in ſolidum teneantur, quamuis nihil ad eos perueniſſe proponas. Contra ego heredem rerum amotarum actione in ſolidum non teneri veriſſimum eſſe quid ni ſuſtineam ex *d. l. vltim.* quæ tam clara apertaque ſane eſt, vt mirer aliquem repertum fuiſſe, qui in luce mera non neceſſarias, eaſque tam leues haſce tenebras offundere nobis non dubitarit. Quid immò, quod in vno herede, qui ſolus, iuris eſt, idem pro hereditarijs portionibus in pluribus, iuris eſt. Planè vt, ſi vnus in ſolidum teneatur

neatur, plures etiam in ſolidum teneantur, etſi ſinguli pro hereditarijs partibus *l. 9. de cond. furt. l. 157. in fin. de Reg. Iur.* & viceuerſa, ſi vnus heres teneatur in id duntaxat, quod peruenit, plures etiam heredes non vltra teneantur, ſed ſinguli in id, quod peruenerit. Vin exemplum? Argenti quæpiam maſſa ponatur amota diuortij cauſa à muliere quæ eâ adhuc viuâ perierit, adeò vt ad heredes, quos iam defuncta complures reliquerat, nihil ex amota iſta maſſa potuerit peruenire. Sanè enim ſecúndum viri doctiſſimi ſententiam hîc dicendum eſſet; omnes heredes ſimul in ſolidum teneri, ſingulos teneri pro nulla parte, quoniam nulla peruenerit. Quaſi verò dum omnes tenentur, non ſinguli teneantur, & è contra dum ſinguli non tenentur, omnes ſimul poſſint teneri. Vniuerſitas quidem, quod debet, ſinguli non debent *l. 7. §. 1. Quod cuiuſque vniuerſ.* Heredes autem plures quam vnus non conſtituunt talem vniuerſitatem, ſed ex lege 12 tabularum, pro qua hereditatis parte ſinguli heredes ſunt, ſinguli tenentur *l. 26. C. de Pactis. l. 6. C. Famil. Erciſcund.* extra quam in obligationibus ex delicto vel quaſi, quæ aduerſus heredes vulgò non tranſeant vltra, quam ex delicto defuncti ad eos peruenerit *l. v-*

nic. C. ex delict. defunct. Quocirca & talia, quæ inde dependent, judicio familiæ Erciſcundæ diuidi non debent *l. 4. D. Famil. Erciſc.* ſed à ſingulis præſtari pro ea parte vel rerum amotarum, vel hereditatis ex ijs factæ locupletioris, quæ ad ſingulos peruenerit. Verbi gratiâ. Mulier, quæ maſſam quandam auri marito diuortij cauſa amouerat, deceſſit tribus relictis heredibus: ad vnum maſſa ac quidem tota & integra pro ſua ſuæ hereditatis portione; ad cæteros hereditas integra & eò ditior, peruenit, quatenus ex maſſa iſta auri, conflari potuit pars tertia. Quæritur, pro qua parte ſinguli heredes actione rerum amotarum conueniri debeant. Ac quidem prompta reſponſio eſt, vnumquemque teneri pro ea parte, quæ ad vnumquemque peruenit *iuxt. d. l. vlt. C. rer. amot.* non vt is, ad quem maſſa integra peruenerit, ſolus conueniri debeat, & cæteri liberari ſed ſinguli pro ſua parte, quâ hereditas ex maſſa amota locupletior ad ſingulos peruenerit *fac. l. 26. de dol.* Quamuis non negem, ſi totius maſſæ reſtituendæ vnus ex tribus heredibus poteſtatem habeat, eum in ſolidum conueniri poſſe, quamuis ex parte heres ſit *l. 9. §. 2. de vi & vi arm.* contrà heredes ſibi reſeruato Familiæ Erciſcundæ judicio *l. 2. §. 2. de Verb. Oblig.* At enim aliud eſt, poſſe in ſolidum eo caſu heredem

conue-

conueniri : aliud debere in ſolidum conueniri. Quod Faber vult; & malè. Scimus in adminiſtratione tutelæ, tutorum commune periculum eſſe, & in ſolidum vniuerſos teneri *l. 55. in princ. de adminiſtr. & peric. tut.* Vniuerſos autem in ſolidum teneri, ecquid aliud hoc loco eſt, quàm etiam ſingulos propter commune periculum in ſolidum teneri? Iam verò ſi quo ſenſu vniuerſi in ſolidum tenentur, eodem ſenſu etiam ſinguli ex ijs in ſolidum teneantur. Quanto magis vbi omnes ſucceſſores in ſolidum tenentur, ibi etiam ſingulos in ſolidum teneri verius ſit, & è contra vbi omnes ſucceſſores non in ſolidum tenentur ſed in id duntaxat, quod ad eos peruenerit, ibi & ſingulos vltra non teneri, *iuxt. d. l. vlt. C. rer. amot.* Sed enim auxilium ij, contra quos hæc ſcribimus, aduocare conantur *ex l. 9. de condict. furt.* ac ſi ijs verbis, *in ſolidum tenemur, dum ſoli heredes ſumus*, Vlpianus oſtenderit, cum plures ſunt heredes, in ſolidum eos non teneri. Quodipſum denuò ecquid aliud eſt, quàm neſcire, vbi plures fuerint heredes, pro qua parte vnuſquiſque heres, pro ea vnumquemque in ſolidum conueniri *iuxt. l. 57. in fin. de Reg. Iur.* Addunt tamen rationem: dum aiunt, *plurium heredum meliorem eſſe conditionem non debere, quàm vnius: ideo à pluribus etiam heredibus ſolidum id quod ſubtra-*

ctum eſt, exigi, etiamſi ad eos nihil aut minùs peruenerit. Itane ex falſo præſuppoſito inferre id, quod æquè falſum an artis ſit? Actio rerum Amotarum, quæritur, vtrum aduerſus heredem in ſolidum detur; hanc præſupponunt contra vnum heredem in ſolidum competere, ergo & contra omnes heredes ſimul in ſolidum, ne plures ſint melioris conditionis, quàm eſt vnus. Atat quod de vno herede præſupponunt, eſt falſum, in actione rerum amotarum: ergo & illud, quod occaſione eius inde concludere auſi ſunt. *fac. d. l. vlt. C. Rer. Amotar.* Tum ſi admitteremus, (quod ratio juris non admittit; vt admiſſuri ſimus vnquam) & vnum, & omnes heredes in ſolidum teneri, an non eo ipſo & ſingulos in ſolidum teneri pro hereditarijs partibus adſereremus? Aliud eſt; dicere heredem pro parte, pro qua heres eſt, teneri, & conſequenter ſi heres vnus ſit, ſolum in ſolidum teneri, ſin plures, vnumquemque pro ea parte, pro qua heres eſt. Sicuti Vlpianus loquitur *in d. l. 9. de cond. furt.* Aliud eſt; heredes teneri, in quantum ad eos peruenerit, ſicuti loquuntur Impp. *in l. vlt. C. Rer. Amotar. conf.* Andr. Fachin. *9. controuerſ. 5.* Quid ita? agitur *in d. l. vlt. C. Rer. Amot.* de rebus à muliere amotis, cum extare deſierint, per maritum à ſucceſſoribus mulieris condicendis. Atque
ita

ita quamuis earum rerum corpora ad ſucceſſores iſtos peruenire non potuerint, tamen non in ſolidum, ſed quantum ad eos vtilitate tenus peruenerit, actione Rerum Amotarum ab ijs condicetur *iuxt. d. l. vltim.* Iam verò quid magis contrarium, quam in ſolidum omnes heredes teneri, & ſi nihil vel minùs quàm amotum eſt, peruenerit, & ſingulos teneri prò ea duntaxat parte; quæ vtilitate tenus peruenerit: non aliter ac ſi ex hiſce ſingulis iſti omnes ſimul, de quibus loquuntur, non conſtarent. Eiuſdem farinæ & illa ſunt, quæ ſequuntur, dum ait Vir Ampliſſimus, *ſi omne id, quod furto ſubtractum eſt, ad aliquos ex coheredibus peruenerit, ſolidum ab ijs petendum eſſe, non ab alijs ad quos nihil peruenerit.* Quod ipſum vt intelligatur; candelabrum argenteum ponatur diuortij cauſa à muliere amotum, eiuſque partem dimidiam ad vnum heredem, ad alium partem alteram, ad tertium nihil de candelabro perueniſſe, ſed ſuam hereditatis partem eò ditiorem, Scilicet ſecundùm Fabrum priores duo coheredes in ſolidum tenebuntur, à tertio nihil petetur, ad quem nihil peruenerit. Quaſi verò à duobus ſi ſolidum petendum eſſet; non falſum eſſet, quod ante ſuſtinuit, videlicet omnes heredes ſimul teneri, non ſingulos.

A ſingulis in ſolidum rem amotam condici non poſſe admittit *ex l. vlt. C. Rer. Amot.* pro partibus autem hereditarijs ſi duo iſti tenerentur, fieret quidem, vt in ſolidum tenerentur pro hereditarijs partibus, ſed eo poſito, non fieret, vt ſinguli pro parte dimidia, quæ ad ſingulos peruenerit, tenerentur, cum tres ſunt heredes, & iniquum foret, vt tertius, ad quem tertia hereditatis pars eò ditior peruenerit, non teneretur. Odor effugium: putauit forte à duobus ſimul ſolidum peti poſſe: rectâ quidem ſententiâ: vt vno judicio duo iſti cohæredes conueniri queant. Verùm omnis noſtra quæſtio eſt; in quantum ſinguli ex duobus iſtis coheredibus conueniri queant, teneanturue. Duo ſimul non vniuerſaliter, ſed corporaliter conſiderandi ſunt, hoc eſt, quà ſinguli vt ſuum corpus, ita ſuam partem habeant, cuius vtriuſque partis coniunctio ſolidum demum efficiat, vbi ſinguli partem ſuam contribuerint & reſtituerint. Duos heredes in duobus corporibus indiuiſim conſiderare, aut omnes indiuiſim in omnium heredum corporibus imaginationis facultate licet; non item quoad præſtationis facultatem. Siquidem omnes quod præſtant, ſinguli præſtant, & è contra. Scimus, in obligationibus ex contractu vel quaſi poſſe coheredem in ſoli-

ſolidum conueniri, ad quem tota res peruenerit, ſi forte facultatem habeat totius rei reſtituendæ. Sed ſcimùs aliàs pro ea parta, qua quiſque heres eſt, regulariter vnumquemque conueniri debere *l. 3. §. 3. de Commod.* Ratio juris eſt, quod diſtributio inter coheredes facta ſicuti non illud efficit, vt quis ſolus totum debeat, vel totum alicui ſoli debeatur, ita libera poteſtas maneat creditoribus cum ſingulis experiundi *l. 3. Famil. Erc.* Non idem eſt in obligationibus ex delicto, vtpote in quibus ex pluribus heredibus ab vnò, ad quem res in ſolidum peruenerit, non tam poſſit res in ſolidum repeti, quàm debeat neceſſariò, vt regula ſibi paſſim conſtet, quæ paſſim recepta eſt; videlicet *in obligationibus ex delicto etiam, quæ rei perſecutionem habeant, heredes teneri in id duntaxat, quod ad eos peruenerit l. vnic. C. ex del. defunct. d. l. vlt. Rer. Amot.* Ex quibus dependeat quoque reſponſio ad illa Aduerſarij, dum ait, *ex ſtipulationibus diuiduis heredes in ſolidum non teneri: omnes nihilominus ſimul in ſolidum ex ijs teneri.* Hiulcum denuò ſpecimen, & contra juris noſtri rationem. Quid ita? Ex ſtipulationibus diuiduis heredes ſinguli in ſolidum ſi non teneantur, negandum eſſet in ſtipulationibus diuiduis ſingulos heredes pro hereditarijs portionibns eſſe obligatos.

At enim ſtipulationes ſunt contractus: in contractibus ſucceſſores in ſolidum tenentur, hoc eſt, vnuſquiſque pro ea parte, pro qua heres eſt *l. 157. in fin. de Reg. iur.* cum iſto effectu, vt ſiue aliquid, ſiue nihil ad coheredem aliquem peruenerit, nihilominus in ſolidum, hoc eſt, pro hereditaria ſua portione eum conueniri poſſe intelligamus. Aut vix viderim, fieri quemadmodum poſſet, vt ſinguli ſi non in ſolidum tenerentur, haberi poſſent pro heredibus, hoc eſt, pro talibus perſonis, à quibus defunctus, qualis quantuſque fuit, ſigillatim repreſentetur. Adhuc Aduerſarius ait, non eſſe contraria; *teneri vnumquemque ex heredibus in id, quod ad* eum peruenit, & teneri vnum ex ijs, aut omnes ſimul in ſolidum, ſcilicet ſi ad vnum aut omnes totum peruenerit. Equidem magnam mentis inter errores vagantis inconſtantiam agnoſco. Quid? antea docuit, *cum plures ſunt heredes eius, qui res amouit, ſingulos in ſolidum non teneri, ſed vnumquemque pro ea duntaxat parte, quæ ad eum peruenit cum tamen omnes ſimul in ſolidum teneantur, quamuis nihil ad eos perueniße proponas.* Scilicet hæc ſine vlla correctionis mentione corrigere nunc videtur aut variare, dum ſubijcit; omnes ſimul in ſolidum teneri demum, ſi *ad omnes totum peruenerit*. Quaſi verò locutio illa, qua *in ſoli-*

ſolidum teneri heredem dicimus, generaliter accepta propriè non ſignificet heredem teneri, ſiue totum, ſiue aliquid, ſiue nihil ex rebus amotis ad eum peruenerit. Quid ergo? ad vnum cum peruenit totum, id, quod amotum fuit, tenebitur quidem in ſolidum quoque, ſed ex eo capite, quia in tantum peruenerit, de quo proinde caſu nulla poſſit eſſe dubitatio, poſteaquam ſolidum & id, quod peruenit, vnum & idem tunc eſſe appareat. Alius & grauior eſt error, cum plures ſunt heredes, ſingulos teneri in id, quod peruenit: omnes in ſolidum, ad quos totum peruenerit. Quin ipſa rerum natura huius conſiderationis effectum impediat, obſcurum non eſt. Quid enim in contractibus is, qui ſolus heres eſt, in ſolidum obligatus eſt, & plures heredes in ſolidum obligati ſunt pro partibus hereditarijs: eadem conſideratione in delictis vnus heres in id quod peruenit, ſi tenetur, fieri non poteſt, vt plures aliter teneantur, quàm itidem proportione eius, quod peruenit. Et iterum in contractibus ſicuti omnes heredes non conſiderātur vt corpus aliquod indiuiſæ vniuerſitatis, ita multò minùs imaginari id licitum in obligationibus ex delicto. præterquam, quod *omnes* ſi accipis ceu indiuiſum corpus, fiet, vt ſinguli ne quidem teneri poſſint

in id,

in id, quod ad eos peruenit *fac. l. 7. §. 2. Quod cuiuſque vniuerſ.* At enim ſingulos in id, quod peruenit, actione rerum amotarum teneri admittit Faber *iuxt. d. l. vlt. C. rer. amot.* Ergò admittat neceſſe eſt, & omnes teneri, ſicuti tenentur ſinguli, & ſingulos teneri ſicuti omnes. Quandoquidem omnes in ſingulis vt corporei ſunt, ita ex ſingulis conſtituantur & dependeant. Planè vt aliter res amota ad omnes peruenire non poſſit, quàm ad ſingulos, ſeu quod idem eſt, ad omnes quà ſingulos. Ad omnes quà corpus incorporeum res amota peruenire non poteſt; quanto minùs ab omnibus ceu tali vniuerſitatis corpore reſtitui poſſet? Cum ſinguli præſtant, in quantum ad eos peruenerit, non præſtatur ſolidum, ſi ſolidum ad eos non peruenerit. Tantum abeſt, vt probari poſſit, ac ſi res amotæ totæ ad mulieris heredes peruenerint *in d. vlt. C. Rer. Amotar.* Generaliter Conſtitutio concepta eſt; ſiue totum, ſiue aliquid peruenerit, heredes in quantum peruenerit, conueniri debere, non verò in ſolidum. Maximè cum loquatur de rebus amotis, quæ extare deſierint. Hæ corpore tenus peruenniſſe potuerunt ac poſtea interiſſe, vtrum autem in totum peruenerint, aut an vtilitate tenus in ſolidum peruenerint, vel potiùs parte tenus, facti quæſtio eſt, quæ

ex d. l. vlt. decidi non poteſt, ſicuti nec illud recipi, dum exiſtimat Faber id, quod ſcriptum eſt *in l. 9. de Cond. furt.* eum, qui pro parte heres eſt, teneri pro ea parte qua heres eſt, intelligi debere eo tantùm caſu, quo vel nihil, vel pro æquis partibus res furtiüa peruenerit. Quaſi verò cum diſpares partes peruenerint, pro parte heres non pro parte, pro qua heres eſt, teneretur, ſed vel in ſolidum, vel in quantum peruenerit. Quorum illud iniquiſſimum foret, hoc eorum ſententiam confirmaret, qui condictionem furtiuam more omnium merè rei perſecutoriarum actionum ex delicto aduerſus heredes non vltra admittere jam pridem tentârunt, quàm in quantum ad eos peruenerit. poſtea quam eo caſu, quo diſpares partes ad heredes peruenerint, ſi heredes non pro hereditarijs partibus teneantur *juxt. d. l. 9. de Cond. furt.* euenire non poſſit, vt condictione furtiua eo caſu in ſolidum teneantur, hoc eſt, vnuſquiſque pro ea parte, qua heres eſt *juxt. d. l. 9. l. 157. in fin. de Regulis juris.* Quod ipſum eò lubentiùs mouerim hoc loco, vt intelligas, ſi heres condictione furtiua in ſolidum teneatur, etiamſi nihil ex re ablata ad eum peruenerit, multò juſtiùs fore, vt is in ſolidum tenea-

teneatur, ad quem pars vtut diſpar perue-nerit.

CAP. XIV.

Condictionem furtiuam ſi ex delicto datur, non in ſolidum aduerſus heredem competere, ſed in quantum peruenerit, quibus argumentis *oſtendi poſſe videatur.*

CONdictionem furtiuam ex delicto eſſe actionem opinantur Dynus, Cynus, Bartolus, Accurſius alijque quàm plurimi *vid.* Mainer. *ad l. 38. de Reg. jur.* Cuiac. *13. obſ. 37.* Donell. *ad l. vnic. C. ex delict. def.* Vultei. *2. Iuriſpr. Roman. 19. num. 29.* Oldendorp. *7. claſſ. act. 4.* Arn. ab Haerſolt. *in Aduerſar. ad tit. de Condict. furt.* Neque diffiteor, faciliùs id credi ceu probabile magis, quàm vt omnes adprehendere vel velint vel poſſint id, quod tentaui *in priore hoc Benedictorum libro.* Tentaui tamen, atque vt mihi videtur non infeliciter pro iſta ſententia pugnaui. Seorſim ſentire vnicuique liberum eſt, modò ne à principijs diſcedatur. Principia non lædentur, & tolerabilis Doctrina erit, ſi doceamus, a-

actio-

ctiones ex delicto, quæ merè ſunt rei perſecutoriæ, aduerſus heredes dari, in quantum ad eos peruenerit, excepta condictione furtiua, quæ, ſcilicet, propter odium furum, quo introducta eſt contra regulas, in ſolidum heredes premat etiam contra hanc regulam *vid.* Ant.Gomeſ.*3. tom. var. reſolut. cap. 1. num. 85.* Hartman. Piſtor. *1. quæſt. jur. 27. num. 2.* Fachin. *9. contr. 5.* Donell. *21. comm. 2.* Veſembec. *in parat. de Cond. furt. num. 7.* Phil. Math. *ad l. 38. de Reg. jur.* Proſp. Farinac. *1. quæſt. crim. tit. de inquiſit. quæſt. 10. num. 64.* Hippol. à Collib. *ad l. 38. de Reg. jur.* Bart. *in l. 1. num. 2. de priuat. delict.* Couarr. *3. var. reſol. 3.* Vaſq. *3. illuſtr. quæſt. 96. num. 24.* At enimuero actiones omnes ex delicto, quæ merè rei perſecutionem habent, & vi talis regulæ condictionem furtiuam in ſolidum aduerſus heredes competere nuſpiam ſcriptum eſt, prorſuſque intolerabile. Quid ergo, condictionem furtiuam, fuêre, qui voluêre eſſe actionem ex delicto, neque excipi debere à regula, quæ eſt; *actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes non vltra, quàm peruenerit, dari, vid.* Cuiac. *7. obſeru. 37. 13. obſeru. 37. & 39.* Vult. *ad tit. Inſtitut. de Action. & 2. Iuriſpr. 19.* Gothofr. *ad l. 21. §. pen. D. Rer. Amot.* Petr. Fab. *ad l. 38. in fin. de Reg. jur.* Chriſt. Sturc. *ad. l. 44. eod. tit.*

Senten-

Sententia iam olim in *Membranis* defenſa, quam necdum relinquo, ſi illa, quæ *ſuprà* propoſita eſt *vid. libr. 1. cap. 7.* relinquatur: aut condictio furtiua non eo, quo jam dictum, ſcriptumque, excipiatur modo. Quocirca eo præſuppoſito fundamento, nimirum, *ex delicto oriri darique condictionem furtiuam*, in gratiam eorum, ſi qui ſunt, eruntue, quibus hæc opinio non ſordeat, referam præcipua argumenta, ex quibus oſtendi, ſi non euinci poſſe videatur, condictionem furtiuam aduerſus heredem dari de eo, quod peruenerit.

I Ac quidem primùm in ſola furis perſona cernitur illud Legiſlatoris odium, quo effectum eſt, vt extra pœnam dupli vel quadrupli, quæ per actionem furti manifeſti vel non manifeſti petitur, etiam condictione furtiua teneatur §. *14. & 15. Inſtit. de Act.* Quòd autem taliter odioſum, & perſonale eſt, perſonam furis non debet egredi; & per conſequens ad innocentem heredem non tranſire *arg. l. 21. de vſu & hab. l. 68. de Reg. Iur. l. vitio C. de Acq. poſſ.* præſertim cum quod iſto modo odioſum eſt *fac. l. 40. de cond. indeb.* ſuo modo aliquam pœnæ ſpeciem præ ſe ferat *iuxt. l. 9. §. vlt. D. Ad SC. Macedon.*

II In ſola furis perſona, non verò heredis cernitur odium facti, hoc eſt, delicti, ex quo delictum naſcitur & competit *l. 10. §. 2. de*

compen-

compenſat. Delictum autem omne morte eius, qui fecit, extinguitur *l. 5. de Calumn. l. 16. §. vlt. Quod met. cauſ. l. 9. de jur. fiſc. l. 12. Ad L. Cornel. de falſ.* Ergo ad heredem non tranſeunte cauſa, hoc eſt, delicto, neque effectus tranſire poterit, id eſt, actio ex delicto procreata ad eius coërcitionem *arg. l. 2. de legib.*

III Non incerti ſed juris abſolutiſſimi eſt; ante litiſconteſtationem eo, qui *aliquid deliquit*, defuncto, ſucceſſores eius, in quantum peruenerit, conueniri debere non in ſolidum, *l. vnic. C. ex delict. def.* Fur autem, qui rem alienam inuito domino contrectauit, & abſtulit, non aliquid deliquit, ſed multùm. Hæc juris regula citra exceptionem euerti non poteſt, atque in hæc quæſtione præteritur vulgò. Nos eam veneramur ceu certiſſimum principium.

IV Totiens in heredem damus actionem de eo, quod ad eum peruenit, quotiens ex dolo defuncti conuenitur. Hæc eſt regula juris *l. 44. de Reg. Iur.* Heres, qui ob furtum defuncti condictione furtiua conuenitur, ex furto defuncti conuenitur *l. 3. §. 2. de Iureiur.* per conſequens etiam ex eius dolo, poſteaquam citra dolum fieri furtum haut poſſit *l. 51. D. pro Soc. l. 13. §. vlt. depoſ.*

V Totiens in heredem damus actionem in ſolidum, quotiens ex ſuo dolo conuenitur *l. 44. de Reg. Iur. l. 9. in fin. de Tribut. act.* Heres furis non conuenitur ex dolo ſuo, qui ob furtum eius, cuius heres eſt, conuenitur.

VI Ex facinore defuncti heres non debet damnum ſentire *l. 3. de vi & vi armat.* Quod ſi autem heres furis in ſolidum teneretur, ex delicto defuncti ſubiret damnum, ſi in ſolidum teneretur eo caſu, quo res furtiua in ſolidum ad eum non peruenit.

VII Generaliter ex facinore defuncti de eo, quod ad heredem peruenit, actio datur. Quandoquidem ſufficiat non in lucro verſari heredem *d. l. 3. de vi & vi armat.* Heres furis, ad quem nihil peruenerit ex furto furis, cui ſucceſſit, veluti re furtiua ante ſucceſſionem ſuam extincta, non verſatur in lucro.

VIII Quid enim *illud*, *quod peruenit*, ab herede furis propterea condici poſſe videtur, vt turpe lucrum ei extorqueatur *l. 34. de Oblig. & Act. l. 38. de Reg. Iur.* Hæc ratio ceſſat in eo herede, ad quem omnino nihil peruenit.

IX In contractibus ſucceſſores ex dolo eorum, quibus ſucceſſerunt, in ſolidum tenentur, hoc eſt, vnuſquiſque pro ea par-

ea parte, qua heres eſt *l. 157. §. fin. l. 152. §. 3. de Reg. Iur. l. 12. l. 49. de Obligat. & Actionib.* Ergo non in delictis *l. vnic. C. ex del. def.* Condictio furtiua videtur ex delicto eſſe non ſolùm reſpectu contrectatæ rei alienæ, ſed etiam fallaciæ & doli mali, ſine quo furtum nullum committitur *l. 51. D. pro Soc.*

x Actio quæ in ſolidum ex dolo defuncti contra heredem datur, neceſſe eſt, vt ex contractu reique perſecutione deſcendat *l. 9. §. 1. Depoſ.* At hoc ecquid aliud, quàm vt intelligamus aliud juris eſſe, ſi actio deſcendat ex delicto reique perſecutione?

xi Actio de Alienatione judicij mutandi cauſa non eſt pœnalis *l. 4. in fin. de Alien. iud. mut.* ſed pertinet ad rei perſecutionem. Quia autem videatur ex delicto dari, *vid. ſupr. hoc libr. cap. 9.* idcirco in heredem vel ſimilem ſucceſſorem non datur *d. l. 4. in fin. l. 5. & 7. de alien. iudic. mut.* Quantò minùs condictio furtiua aduerſus heredem in ſolidum daretur, quæ ſi ex delicto eſt, magis ex delicto agnoſcatur dari.

xii Heres mulieris rerum amotarum actione tenetur, ſicuti heres furis condictionis nomine ex cauſa furtiua *l. 6. §. 3. D. de Act. Rer. Amot.* Atqui heres mulieris non

 in ſoli-

in ſolidum tenetur, ſed in id, quod ad eum peruenit *l. vlt. C. Rer. Amot.* Ergo & in condictione furtiua idem eſt, maximè cum dici cæteroquin vix poſſet, cur actionem Rerum amotarum condictioni furtiuæ Paulus compararet *in d. l. 6. §. 3.*

XIII Ex delicto oritur actio Rerum Amotarum *l. 21. §. penul. D. de Act. Rer. Amotar.* Hæc ecquid aliud eſt, quàm furtiua aliqua condictio *l. 26. de Act. Rer. Amot.* Lenius verbum eſt amouere *l. vlt. d. tit.* ac propter honorem matrimonij placitum magis, quàm furari *l. 1. d. tit.* Ex vno tamen vtraque delicto quid ni oriatur? In actione rerum amotarum tegitur furtum; in condictione magis exprimitur. Igitur actio rerum amotarum ſi non detur vltra id, quod peruenerit ad heredes *l. vlt. C. Rer. Amot.* Quantò magis condictionem furtiuam non vltra dari æquum ſit; vtpote quæ oriatur ex maiori adhuc furto, quatenus matrimonij fauor in eo ceſſat.

XIV Prætor negauit *vi bonorum raptorum* actionem in id, quod ad heredem raptoris peruenit. Quia putauit ſufficere condictionem *l. 2. §. fin. vi bon. rapt.* Ergo condictione furtiua id, quod ad heredem peruenit, condicendum eſt. Alioquin quo colore dixiſſet Vlpianus ſufficere condictionem? Quid ita? Quæritur, quomodo id, quod

quod ad raptoris heredes peruenit, ab ijs rerum raptarum dominus recuperare queat. Reſpondit; prætorem hunc in caſum actionem vi bonorum raptorum non ampliaſſe. Quid ergo, & qua mente? putat ideo, quia putarit prætor ſufficere condictionem. Iam verò, quod ſi condictionem furtiuam non dari in id, quod peruenit, Vlpianus eo ipſo expreſſiſſet, quàm inconcinna & parum ad rem faciens eſſet eius reſponſio, & iſta de mente Prætoris interpretatio. Quærebatur enim de eo, quod peruenit, recuperando. Quòd ſi autem condictione ſolidum ſemper condiceretur, in ampliùs decidiſſet, quā erat quæſitum, & immò longè rectiùs feciſſet prætor, ſi actionem vi bonorum raptorum eò extendiſſet quoque, ne humanitas domini rem tantùm ſuam, quatenus ad heredem peruenerit, recipere cupientis, actione deſtitueretur.

XV Morte furis interire poteſt condictio furtiua *l. 9. in fin. & l. 10. de tut. & rat. diſtrah.* Non autem poſſet interire eo caſu, quo fur heredem habet, qui ſoluendo ſit, ſi condictio contra heredem competeret, ſiue tota res ablata, ſiue pars, ſiue nihil ex furto defuncti ad eum peruenerit. Et ergo de tali caſu, in quo fur heredem habeat, qui ſoluendo ſit, loquitur ICtus *in d. l. 10.* cum aliàs fruſtra tutelæ judicium extinctâ condictio-

ne furtiuâ ſupereſſe oſtenderet. Quippe dixerit pupillum cum tutore ſuo tutelæ agere non poſſe: abſurdum enim fore, ſi ratio adminiſtrationis negotiorum pupilli à tutore repoſceretur, in qua adhuc perſeueraret. *d. l. 9. §. 4.* Immò tutorem, cui vel curator eſſet adiunctus, etiam ſuſpectum poſtulatum non cogi tutelæ judicium ſuſcipere, quia tutor maneret. *d. l. 9. §. 5.* Atque inde progrediens Paulus docet cæteras actiones præter tutelæ aduerſus tutorem competere, etſi adhuc tutelam adminiſtrat, veluti furti, damni injuriæ, condictionem *in d. l. §. fin.* eaſque à ſpeciali curatore vel contutore contra eum inſtitui poſſe *d. §. 4.* & ſic non à pupillo *iuxt. d. l. 10.* Tutor autem, qui furandi animo rem pupillarem amouit, tenetur furti, & condictione furtiua vt fur *l. 2. §. 1. de tut. & rat. diſtrah. l. 33. de furt.* Ac quidem iſta vt Pauli ſit ſententia *in d. l. 10.* Non ac ſi hæ actiones morte tutoris ſemper intereant. Quid ſi enim ante obitum lis cum eo conteſtata fuerit, aut aliquid ex re furtiua, datoue damno ad heredem peruenerit, quod actione furti vel condictione vel actione legis Aquiliæ ab herede exigi poſſit? Igitur ijs caſibus, quibus morte intereunt actio furti, actio legis Aquiliæ, & condictio, ijs, nimirum, intelligemus adhuc ſupereſſe tutelæ judicium.

Plane

Plane ac ſi ſcriptum eſſet. Quamuis actiones furti, damni injuriæ, condictionemue furtiuam morte furis interire contingat *fac. l. 32. Ad l. falcid.* temeri pupillo cum herede eius actionem tutelæ ſupereſſe. Quinimo ne dubitaremus, condictio morte furis quin interire poſſet, ſicuti cæteræ, ideo Paulus nulla diſiunctione vſus *arg. l. 28. de Verb. Signific.* actionem tutelæ ceu ſalutare ſuum conſequendi remedium attulit pupillo *in d. l. 10.* Aut condictionem furtiuam ſi non item morte tutoris interire poſſe, ſicuti reliquas iſtas actiones exiſtimaſſet, excipere an neglexiſſet condictionem? vtique maiori probabilitate cæteris eam adjunxeris, quæ adiuncta ſit, quàm ſeparâris non ſeparatam. maxime cum oratio, quæ neque coniunctionem, neque diſiunctionem habet, ex mente pronuntiantis vel coniuncta vel diſiuncta accipiatur *d. l. 28. in fin. de Verb. Sign.* neque condictio hæc, ſi ex delicto eſt, fieri poſſit citra exceptionem, vt non morte furis intercidat, ſi nihil ad heredem eius peruenerit. Aut falſa eſſet illa regula, pro qua tam animosè confligamur, nimirùm, actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum non competere, ſed vltra quam peruenit, morte delinquentis intercidere *vid. ſupr. libr. 1. cap. 8.*

XVI Condictio rei furtiuæ quia rei habet perſecutionem, heredem quoque furis obligat, nec tantùm ſi viuat furtiuus ſeruus (poſt mortem furis,) ſed etiamſi deceſſerit *l. 7. §. 2. de Cond. furt.* Quando deceſſerit? Id explicat Vlpianus, ſi nimirum aut apud furis heredem diem ſuum obijt, vel apud alium poſt mortem tamen furis *d. §. 2.* Ratio juris eſt, quod ſicuti fur condictione tenetur, ſiue res furtiua extet, ſiue aliqua ratione fuerit extincta *l. 46. de furt.* ita & eius heres non foret heres, ſi non eodem modo, quo defunctus tenebatur, teneretur & obligatus eſſet intuitu rei furtiuæ cum hereditate, vel in hereditate ſemel acceptæ. Defunctus non tenebatur, niſi furandi animo contrectata re. Heres tenetur accepta re. Sic in delicto alia eſt conditio heredis, alia defuncti: non item in re accepta. debetque hoc ita intelligi, ne vnica hæc actio ex delicto aduerſus heredem in ſolidum detur, cogente nulla rationis neceſſitate. Quid enim τὸ *viuat*, intelligitur *in d. §. 2.* de tempore, quo ait Vlpianus furis heredem obligari, nimirùm fure defuncto. Igitur & τὸ *deceſſerit*, de eodem tempore, vt intelligatur melius eſt *in d. §. 2.* Quotiens idem ſermo duas ſententias exprimit, eam potiſſimum excipi oportet, quæ rei decidendæ aptior *l. 67. de Reg. Iur.* At enim particula, *ſed*, interpre-

terpretatione neutiquam coactâ tam conjungere ſequentia cum prioribus, quàm diſiungere cenſeri poteſt in verbis ijs: *Sed etſi apud furis heredem diem ſuum obijt ſeruus furtiuus vel non apud ipſum poſt mortem tamen furis, dicendum eſt condictionem aduerſus heredem durare d. l. 7. §. 2. de Condict. Furt.* Ac ſi ſcriptum eſſet. *Nam etſi apud furis heredem diem ſuum obijt, &c.* Equidem inſolens non eſt iſta ſignificatio particulæ *ſed*, ſenſu id orationiſque ſententia permittente & exigente *vid.* Godſcalc. Steenuech. *in comment. ad Veget. libr. 2. cap. 18.* Sic Tacitus *5. hiſtor. Ne tum quidem*, inquit, *Romana claſſis pugnæ adfuit, ſed obſtitit formido & remiges per alia militiæ munia diſperſi.* Ammianus Marcellinus *libr. 19. Confines caloribus tempore febrium areſcunt, ſed quanto ignis materies cæteris efficacior, tanto ad perimendum celerior ſiccitas.* Cicero *ad Quint. Fratr. 3. Epiſt. 1. O me ſollicitum quantum ego dolui in Cæſaris ſuauiſſimis literis, ſed quò erant ſuauiores, eò maiorem dolorem illius ille caſus adferebat.* Quare cum aptior hæc ſententia ſit ad decidendum id, quod in quæſtione eſt, eligi potius debet hæc ſignificatio, quam altera, quâ vulgò particula *ſed* diſiungere quippiam ſolet. Poſt mortem furis ſeruus furtiuus, qui obierit, vel momento ad heredem perueniſſe potuit, poſteaque vel apud ipſum vel apud alium

obijſſe. Viuo namque fure vbi ſeruus furtiuus apud furem, vel alium obierit, heres furis condictione furtiua non tenetur *d. l. 7. §. 2.* ibi *poſt mortem tamen furis*, ne alioquin hæc verba forent ſuperuacua. Quid enim admiſſa Aduerſariorum opinione nihil refert, an ante mortem furis apud alium deceſſerit ſeruus furtiuus, vtrum poſt mortem furis. Hæc opinio deſtruitur ab Vlpiano ijs verbis, *poſt mortem tamen furis*, quæ profectò nihil operarentur, ſi non aliud iuris eſſe eo ipſo deciderent ſeruo furtiuo ante mortem furis mortuo. Scio, duplicem, inquies, ab Vlpiano decidi caſum. Vnum, in quo furis heres obligetur non tantùm, ſi viuat ſeruus furtiuus eo tempore, quo fur moritur, ſed etiam ante mortem furis ſi deceſſerit. Alterum, quo heres itidem obligetur, ſiue apud heredem obierit, ſiue apud alium poſt mortem furis. Neque diffiteor, eam quoque ſententiam ſatis fore concinnam, ſi condictio non ex delicto æſtimetur, ſed ex quaſi contractu; ſin aliter, aio contradicere aduerbium *tamen in d. §. 2.* tum etiam cæteris vtut paribus ſi condictio ex delicto eſt, noſtram hanc opinionem præualere debere in dubio *iuxt. l. 67. de Reg. Iur.* Quandoquidem congruat magis iuri communi *l. 30. de iudic.* diſponenti paſſim actiones, quæ ex delicto deſcendunt, ac rei

perſe-

perſecutionem habent, in heredes non tranſire vltrà, quam peruenit *l. vnic. C. ex dol. def.*

XVII Viuo filiofam. in patrem, in quantum ex furto filijfam. locupletior factus eſt, condictio furtiua non negatur *in l. 3. §. pen. de pecul.* Verùm in perſona ſua in id, quod peruenit, permittitur perſpicuè *in l. 4. de Cond. Furt.* aliàs ex perſona filijfamil. in peculium *iuxt. l. 19. d. tit.* quatenus peculium filij inde locupletius ad patrem peruenerit *l. 3. §. penult. de pecul.* Ex perſona filij, quia pater nec fecit furtum, nec eſt heres filij: in condictione autem furtiua nunquam alius teneatur, quàm qui fecerit furtum, aut heres eius *l. 5. d. tit. de Cond. Furt.* Vnde hoc caſu ne pater quidem teneretur, in quantum ad eum peruenerit, niſi eatenus ceu vna perſona cum filio furtum, quod filius fecit, vnà quodammodo feciſſe intelligeretur *fac. §. 4. Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* ne ex furto filij locupletetur impunè *l. 3. §. 12. de pecul.* Mortuo autem filiofamil. extinguitur peculium, & pariter non jure hereditario, ſed jure peculij bona filij occupat; ac quidem non tanquam denuò adquiſita, quàm quaſi nunquam adempta *l. 1. §. 22. de Collat. l. 9. de caſtr. pecul.* Interim hoc reſpectu pater non malè quaſi heres mortui filijfam. reputatur *l. 6. de Reſt. in integr. l. 3.*

§. 9.

§. *9. de minor. l. 6.* §. *4. de Statulib. vid. nup.* Mercat. pro Cuiac. *c. 24.* Iam autem quo jure juris eſſet, vt heres furis condictione furtiua in ſolidum teneretur, eodem jure fieri vix poſſit, vt non & pater quaſi quidam heres pro viribus peculij in ſolidum obligatus eſſet. Quid? iſte heres eſt in hereditate; hic quaſi heres eſt in peculij vniuerſitate. Ille onera hereditatis ſuſtinet, hic peculij. Et tamen nemo dixerit hoc caſu plus à patre condici poſſe, quàm emolumentum fert, quod ad eum peruenerit *fac. l. 6.* §. *2. l. 3.* §. *4. de Act. rer. Amot.* Ergo hinc quid ni colligeremus, ſi pro viribus peculij non teneatur in ſolidum pater, qui quaſi hères eſt, nec pro viribus hereditatis heredem magis debere in ſolidum teneri. Ratio diuerſitatis nulla eſt commoda; Succeſſor quidem commodorum & incommodorum vniuerſalis non eſt pater; aut idem foret, qui heres, & non quaſi heres diceretur. Succeſſor etiam vitiorum eſt, ſed in quantum locupletius ad eum peruenerit peculium; ſed ſucceſſor, quem quaſi heredem adpellamus. Condictione furtiua tenetur, aut qui fecit furtum, aut heres eius *l. 5. de Cond. furt.* heredis verbo in condictione furtiua omnis ſucceſſor venit *l. 7. in fin. d. tit.* Quaſi heres in ſuo genere heres eſt, aut ſaltem ſucceſſor aliquis, eodem

plane

plane effectu, quo vſumfructum dicimus & quaſi vſumfructum *l. 2. de vſufr. ear. rer.* Seruianam & quaſi Seruianam §. *7. Inſt. de Act.* dotem & quaſi dotem *l. 3. de fund. dot.* Tributoriam & quaſi tributoriam *l. 6. de exerc. act.* publicianam & quaſi publicianam *l. 70. de Rei vindic.* vt intelligamus, ſubſtantiâ quidem verum vſumfructum diſtingui à quaſi uſufructu, Seruianam à quaſi Seruiana, dotem à quaſi dote Tributoriā à quaſi tributoria, Publicianam à quaſi publiciana, ſed re tamen & effectu conuenire, Ioach. Hopper. *ad. tit. Inſt. de Oblig.*

XVIII Condictione furtiua alius non tenetur, quàm qui fecit furtum, aut heres eius *l. 5. de Cond. furt.* A fure in ſolidum propterea res furtiua condici poteſt, quia rem alienam animo furandi contrectauit. Heredem verò eius, qui rem eandem jure hereditario ad ſe deuolutam clam animo furandi ſuppreſſerit *arg. l. 41. in fin. Ad L. Aquil. l. vlt. de edend.* cum quoque cum *Fabro* non tanquam furis heredem, ſed tanquam furem ex proprio furto dicam obligari, adeòque non tantùm condictione in ſolidum, ſed etiam pœnali furti actione conueniri poſſe *fac. l. 9. D. depoſ.* Atat de herede omnis noſtra diſputatio eſt, qui furtum ipſus non fecerit, & furi quia tantum ſucceſſerit, juſtè ignoret, ex cauſa huius condictionis

ctionis dare facere defunctum oportuiſſe *l. 42. de Reg. Iur.* Huiuſcemodi autem heres qua fronte ex delicto defuncti in ſolidum condemnaretur, ſi ad eum res ablata in ſolidum non peruenit *fac. l. 1. §. vlt. Depoſ.*? Vbi eadem non eſt ratio, idem jus non debet obſeruari. Defunctus deliquit, heres non deliquit *l. 13. §. 2. de Iurejur.* Ad defunctum ab initio quoniam res ablata peruenerit, ideo etiam re extincta in ſolidum tenetur propter perpetuam moram, quam contrahit *l. vlt. de Cond. furt.* Heres autem, quia furtum non fecerit, moram talem haud committit. Vnde & furti non tenetur. Quandoquidem verò id, quod ad ſe peruenit, reſtituere jubetur, ne ex delicto defuncti lucrum faciat *l. 3. §. 12. de pecul.* næ idcirco dicendum fuit, condictio furtiua teneri non alium, quàm qui fecit furtum, aut heredem eius *d. l. 5. de cond. furt.* heredem, inquam, non alium; ad differentiam ſingularis ſucceſſoris, quem actio perſonalis, qualis eſt hæc condictio, non ſequatur, ſed realis *l. 15. ibi* Gothofr. *l. 22. l. 24. C. de donat. l. 1. §. 16. Ad SC. Trebell. l. vlt. C. de hered. act.*

XIX Fur, ad quem ex furto nihil peruenit, veluti qui opem conſiliumue dedit, furti tenetur: Condictione non tenetur *l. 6. de Condict. furt.* Quia cum condici ea res, quæ ablata eſt poſſit tantùm *l. 21. in fin. de furt.*

non

non alij idcirco furi ea condici debeat, quàm qui eâ potitus *l. 8.* ibi *corporum de Cond. furt.* Sanè enim ei, qui opem tulit, hoc eſt, miniſterium atque adiutorium ad ſubripiendas res præbuit *l. 50.* §. *3. D. de furt.* vt vnà aliquid participârit & contrectârit *l. 52.* §. *19. de furt.* condici quàm maxime non prohibetur *l. 53.* §. *1. de v. Sign.* aliter quàm ei, qui nihil præter conſilium dedit, opemue tulit, nihil de re ablata adeptus. Idque ecqua ratione alia, quàm quia nihil ad eum peruenerit *fac. d. l. 21. in fin. de furt.* ? Iam verò id in fure ſi obſeruatur; quantò æquius, vt in eius herede, ad quem nihil peruenerit.

xx Quod ab alio quàm domino ſuo ſeruus ſurripuit, eius nomine liber furti tenetur. Condici autem ei non poteſt, niſi liber contrectârit *l. 15. de Cond: furt.* Quid ita? condictio hæc ad rei recuperationem pertinet *l. 54.* §. *3. de furt.* Res autem, quam ſeruus in ſeruitute ſurripuit, quandoquidem eo in ſtatu ſuum nihil habeat, peruenit aut ad dominum, & ab eo condicenda eſt *juxt. l. 4. de Cond. furt.* aut ad jam liberum peruenit, & ab eo condicetur, quia tunc liber contrectauit *juxt. d. l. 15.* aut ad alium peruenit, vel interijt, durante ſeruitute, & in aperto eſt, non poſſe rem ablatam recuperari à jam libero,

quoniam

quoniam nihil ad eum peruenerit *d. l. 15. l. 11. de minor.* §. *6. Inſt. de Nox. act. conf. l. 17.* §. *1. de furt.* In ſumma fur furtiua condictione non tenetur, qui rem furtiuam nunquam habuit. Heredem autem eiuſdem iuris poteſtatiſque eſſe conſtat, cuius fuit defunctus *l. 59. de Reg. Iur.* Igitur ſicuti requiritur, vt defunctus rem ablatam habuerit, aut ei condici non poſſit *fac. l. 6. de Cond. furt.* Ita vel momento ad heredem perueniſſe debet, aut condictione non teneri; vt pateat eiuſdem eum juris eſſe, cuius fuit defunctus, & non diuerſi.

XXI Fures condictione furtiua tenentur, *ſi appareat eos dare oportere* §. *14. verſic. plane Inſt. de Act.* id eſt, ſi appareat eius rei, quæ nobis abeſt, eos eſſe fures. Ergo & heredes eius quid ni tenerentur quoque, *ſi appareat eos dare oportere*, veluti res furtiua ſi vel momento ad eos peruenerit, vel pars eius, vt, in quantum peruenerit, in tantum teneantur, & non vltra juxta vulgarem actionis ex delicto naturam. Enimuerò condictionem furtiuam aduerſus heredem competere ſemper dicendum fuit, vt, quæ quoties competit, toties & ſemper aliquid furtiuum apud eum eſſe, vel fuiſſe præſupponat, quod condici ab eo poſſit, *fac. l. 15. de cond. furt.* nimirum æſtimationem, ſi res ablata, quam habuerit,

non

non extet. Aut rem ipſam, ſi extat, quatenus eam habuerit. Quid ita? Is, cui furtum factum, habet actionem furti, condictionem, vindicationem, ad exhibendum actionem *l. 7. §. 1. de Cond. Furt.* obſecro te, an aliter id capimus, quàm ſi concurrant omnia, quæ ad vniuſcuiuſque actionis naturam requiri conſtet? Is, cui furtum factum, habet contra furem eiuſque heredem, vindicationem, an non eo caſu, quo fur hereſue eius rem ablatam poſſidet? habet ád exhibendum actionem? an non eo caſu, quo res ablata à fure tenetur? Planè ita & condictio aduerſus heredem competit, qui vel momẽto contrectationẽ defuncti (vtut bona fide) continuârit. Aut ex delicto defuncti, quæ æquitas eſſet, vt ab eo cõdiceremus, ſeu quod idem, repeteremus id, quód nunquã habuit? Repetitio ſemper præſupponit aliquid, quod poſſit repeti juſtè. Similiter condictio hæc, quæ nihil aliud eſt, quàm repetitio rei ablatæ, præſupponit rem apud eum eſſe, vel fuiſſe, à quo repetitur. aut injuſtè repeteretur ob delictum alterius, & nullum ſuum.

XXII Res furtiua condici poſſe videtur à furis herede *l. 5. de Cond. Furt.* an ab eo, qui in rem furtiuam ſucceſſerit *argum. l. 8. de iure-iur.*? non ſane. Succeſſor ſingularis is eſſet, qualis condictione furtiua non tenetur,

ſed ſucceſſor vniuerſalis *l. 11. de Cond. Furt.* Quid ergo? Actio Legis Aquiliæ propterea pœnalis habetur, quoniam aliquando vltra damnum datum lis æſtimatur, veluti ſi quis ſeruum tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luſcus erit, occiderit, qui eo in anno integer & pretioſior fuerit, non tanti tenetur, quanti hodie erit, ſed quanti in eo anno, & ſic etiam aliquando ante datum damnum plurimi fuerit §. 9. *Inſt. de Leg. Aquil.* Similiter in condictione furtiua heres ſi tanti teneretur, re furtiua ante obitum furis citra litis conteſtationem extinctâ, quanti poſt litem cum ſe conteſtatam ad judicationem vſq; vnquam plurimi fuerit *iuxt. l. 2. §. 3. de priuat. delict.* ſi corpore tenus haberi poſſet, & non perijſſet: præſtaret, plus aliquando, quàm ipſe fur præſtitiſſet, ſi conuentus fuiſſet. Immò poſſet fieri, vt pluris res ablata cenſeretur eo tempore, quàm vnquam ante furtum factum potuiſſet cenſeri. Hoccine an non pœnale eſſet in herede furis, ad quem ex furto nihil peruenerit? Heres nullâ pœnâ ex delicto furis teneri debet *l. 38. de Reg. Iuris. l. 20. de pœn. l. 33. de Oblig. & Act.* Quòd ſi res furtiua viuo fure perierit omnino, tralatitium eſt, æſtimationem ab eo deberi, quanti à tempore commiſſi furti ad iudicationē vſque res vnquam plurimi fuerit, cum, quòd perpe-

perpetuam moram facere fingatur, vilius pretium dando non liberetur *l.8. §.1. de Condict. Furt.* Ius, quod interpretatione Prudentum inductum eſt odio furum, quo magis coërceantur, ſi credimus Petro Fabro *ad l. 138. de Reg. Iuris.* Ac recte. Æſtimatio quidem hæc relata ad id tempus, quo res furtiua vnquam plurimi fuit, nõ eſt pœnâ: quia enim & tunc cum res plurimi fuit, furtum eius factum eſſe verius ſit *l. 50. de furt.* Equidem fateor eo ipſo non plus præſtari, quàm rei pretium. Sed enim odium ſapit, quòd fur adſiduè contrectare, perpetuamque moram facere fingatur, & æſtimationem proinde non vnius temporis, ſed eius, quo plurimi res vnquam fuit, præſtare teneatur, vt creſcere poſſit æſtimatio, ſi res ablata pluris eſſe cœperit quàm erat furti facti tempore, non decreſcere etiam vilior æſtimatio frequentari, *d.l. 50. ibid.* Gothofred. Odium, quod religio innocentiæ facit, quò minùs probo improbi furis heredi imputare audeam, præſertim eo caſu, cum ex furto non ſuo nihil non ſuum peruenerit. Aut vbi id ſcriptum? Heres furis non eſt in perpetua mora, ſicuti fur fuit. Aut in furtum an non ſuccederet, ſi in furis moram ſuccederet? In obligationibus ex contractu vel quaſi mora debitoris perpetuat moræ effe-

ſcribi. Denique litis conteſtatio cum fure facta facit heredem juſtè teneri, etiam pœnaliter. Cum herede autem eius, ſi quæ facta fuerit de re, quæ ante obitum furis perierit, nullâ inde vtilitate ad ſe delatâ, non facit heredis conditionem deteriorem *l. 86. de Reg. Iur.* Fieret verò deterior, ſi heres aliàs non obligatus ad æſtimationem, quanti vnquam plurimi, propterea obligaretur. Scio poſt motam controuerſiam litemque conteſtatam alibi omnes poſſeſſores pares fieri & quaſi prædones teneri *l. 25. §. 7. de hered. pet.* Ignoro, heres quemadmodum per litis conteſtationem fur fieret eius rei, quæ ad ſe ne momento quidem peruenerit vnquam, & à defuncto ablata fuerit. Quid ergo? ſi placet: ex hiſce concludamus in condictione furtiua ſi ex delicto datur, heredem in ſolidum non poſſe teneri eo caſu, quo ſolidũ ablatum ad eum non peruenerit, aut fore, cum plus præſtaret, quàm ad ſe peruenerit, vt pœnam præſtaret. Atqui in actionibus ex delicto merè rei perſecutorijs ſalua juris ratione admitti talis ſententia non poteſt, *vid. ſupr. hoc libr. cap. 3.*

XXII Pœnâ dupli aut quadrupli fures conſtat teneri. Extra illam furti pœnam ait Imp. furi rem ablatam condici poſſe *§. 14. Inſtitut. de Action.* Hoc nemo negat,

Negamus, quoniam iſta pœna aut ſimilis in condictione furtiua non condicatur condictionem hanc, ſi ex delicto eſt, nullius pœnæ cauſa introductam, *vid. ſupr. libr. 1. cap. 16. libr. 2. cap. 13.* Actio furti bimembris eſt: vna meræ pœnæ perſequendæ gratiâ competit, atque in ſpicie actio furti vulgò eſt *l. 50. D. pro Soc.* Altera ſi ex delicto eſt, & non ex alia cauſa, *vid. ſupr. libr. 1. cap. 9.* ceu furti actionis ſpecies rei recipiendæ nomine datur, & condictio furtiua appellatur *l. 56. §. 1. de furt.* Vnde Iulianus ſcribit eum, qui jurauit furtum ſe non feciſſe, videri de toto juraſſe *l. 15. §. 2. de iureiur.* ita, nimirum, *de toto,* vt nec furti, nec condictitia actione teneatur, *d. §. 2.* Igitur condictio ſi ex delicto eſt, quaſi pars quædam actionis furti *iuxt. d. l. 15. §. 2. d. l. 56. §. 1.* pro parte participare videtur de odio illo furum, quo effectum eſt, vt præter actionem furti eâ etiam teneantur *§. 14. Inſtit. de Act.* Id quod probes ex numero actionum, quibus ibidem teneri dicuntur, tum etiam ex particulâ *magis*, quâ vtitur Imp. *in d. §. 14.* Actiones ſunt, quæ præter furti, & condictitiam hanc actionem contra fures competunt, Rei vindicatio & ad Exhibendum *d. §. 14. §. 18. Inſtitut. de Act. §. vlt. Inſtitut. de Obl. ex delict. l. 7. §. 1. de Cond. Furt. l. 1. de priu. del.* Hæ nullo aduerſus fures odio introductæ ſunt, quandoquidem

non

non competant contra eos quà fures, ſed quà poſſeſſores, aut tales, qui res furtiuas reſtituendi habeant facultatem *l. 12. C. de Furt. l. 48. D. de Furt.* Proinde odio furum relinquitur duntaxat inductum, quo pluribus actionibus quàm vnâ furti tenerentur, vt etiam rei recipiendæ nomine condictio aduerſos eos detur. Aut ita potiùs, quò magis pluribus actionibus, quàm rei vindicatione, ad exhibendum, & furti actione teneantur, odio furum effectum eſſe vt intelligeremus, quare condictione etiam hac teneantur. Equidem, ſiue hoc, ſiue iſto modo condictio hæc adſpiciatur, ab odio furum fruſtra eam liberaris. Iam autem heres furis odio furis ſi dignus eſſet, fur eſſet, quoniam heres eſſet. Atqui dignius hoc odium, vt cum morte furis moriatur, quàm in perſona heredis amplietur, ne obloquamur regulæ in *cap. odia de Reg. Iur. in 6.* vt non dicam, fures, quò pluribus actionibus tenentur, eò ſeuerius eorum delicta coërceri *fac. d. §. 14. Inſt. de Act.* pœnam verò nihil aliud eſſe, quàm delictorum coërcitionem *l. 131. de Verb. Sign.* Atat ex delicto & propter delictum coërceri, eſt aliqua pœna affici, *vid. ſupr. libr. 1. cap. 16.* Pœna verò nullâ ex delicto defuncti heres tenetur. Ergo ne quidem iſta pœnæ ſpecie, aut ex delicto defuncti teneretur.

tur. Quod admittendum non eſt.

XXIV Omnes actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ aduerſus heredes competunt de eo, quod ad eos peruenit, non in ſolidum *vid. ſupr. hoc. libr. c. 3.* Ergo Condictio furtiua, ſi ex delicto eſt, neque à cæteris iſtis ex delicto merè rei perſecutorijs actionibus hac in re excipiatur, fieri non poteſt, vt vltra quàm peruenerit, aduerſus heredem poſſit competere. Quid ita? Condictio furtiua contra furem in ſolidum datur, & eſt merè rei perſecutoria. Quòd ſi autem ſimiliter contra heredem in ſolidum daretur, ſiue aliquid, ſiue nihil ex furto defuncti ad eum peruenit, profectò deſineret eſſe merè rei perſecutoria in herede, fieretque neceſſariò pœnalis poſteaquam pœna foret vi delicti, quod non feceris, præſtare id, quod nunquam habueris, *uid. ſupr. d. cap. 3.* Atque his ita poſitis ne in re aperta videar nimis prolixus, ad argumenta Aduerſarij deueniendum eſt, & videndum, an fortiora.

CAP.

Cap. XV.

Notæ ad argumenta quædam, quibus effici vulgò creditum: condictionem furtiuam aduerſus heredem furis in ſolidum dari: explicatis l. 5. l. 7. §. 2. de Cond. furt. §. vlt. de obl. ex maleſ. l. 2. §. vlt. vi bon. aliter & nouè conciliatâ l. vlt. C. Rer. amot.

FOrtiora militare argumenta judicat Helfrid. Hunnius *4. var. reſol. part. 5. quæſt. 4.* pro iſta opinione, in qua ij ſint, qui condictionem furtiuam aduerſus heredem in ſolidum competere hactenus ſuſtinuêre. Bonum factum; quòd, quæ præfatus cum eſſet eſſe fortiora, ac ſi plura eſſent, concludere coactus ſit adducto vno ſaltem *ex l. 9. de Cond. furt.* Prudentiùs profectò & rectiùs, quàm vir Ampliſſimus Ant. Faber, dum quò plura adferre conatus fuit, eò pluries in iſta opinione defecit. Quid ita? Condictio furtiua ſi ex delicto eſt, excipiandaque hac in re à cæteris ex delicto merè rei perſecutorijs actionibus, prudenter fit, ſi acquieſcamus vnico Vlpiano in vnica *l. 9. de Condict. furtiua.* Quod, exceptione adprobata, fecit Hunnius. Sin aliter, miramur, eos, qui contra nos ſcripſere *78. decad. err. 1.*

velle ad victoriam abuti vna illa lege, vnaque illa ratione, quòd *actiones quæ rei perſecutionem continent, ex vtraque parte tam Rei quàm actoris, licet ex delicto naſcantur, aduerſus heredem in ſolidum dentur.* At pro hac ratione quam nobis legem proferunt ex tam multis, niſi *d. l. 9. de Cond. furt.* in vna eaque tam irregulari condictione furtiua *vid. ſupr. hoc libr. c. 1.?* aut quam bonam juris rationem, in qua regula iſta eſſet fundata? Nullam certè aliam legem, quæ aut diſertis verbis aut æquipollentibus dicat, *actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum dari:* Nullam quoque juris rationem, quæ id ipſum poſſit vel à volente euincere. Et quod conſequens eſt, nihil habuêre, quod regulæ noſtræ ſubuertendæ reſponderent. Imo verò eas in anguſtias ſe coniecêre, violatis juris principijs, ne nihil reſpondiſſe viderentur: prout abundè *hiſce in libris* demonſtratum eſt. Sequitur nunc porro, vt per indicem reprehenſiones ſingulas referamus, & pro inſtituti ratione breuiter refellamus. Ac quidem primore loco putant ijdem *78. decad. err. 1.* actionem *ex delicto cum dicimus continere rei perſecutionem, eo ipſo nos dicere eam eſſe merè rei perſecutoriam, in nulla parte pœnalem.* Contrà dixeram ego ex phraſi ea, qua dicimus condictionem furtiuam; non deſtitui rei perſe-

perſecutione, ſed eam continere, non negari eam pœnalem eſſe, poſteaquam eo ipſo merè rei perſecutoria eſſe nō declaretur. veluti actiones ex delicto miſtas ſi dixeris rei perſecutionem continere, aut ea non deſtitui, rectè dixeris; eaſdem eo ipſo an pœnales eſſe negaremus? Eò reſpexi in iſtis, quæ vellicant. Non vt pœnalem eſſe dixerim condictionem furtiuam, id eſt, pœnæ perſequendæ gratiâ comparatam, prout falſò credidere. Fateor, ad alterum quod attinet, ſenſiſſe me: pœnalem actionem non ex eo ſolo æſtimari, quòd pœnam vel ſolam vel cum reipſa perſequatur, ſed etiam ex eo, quod origine tenus ſit ex delicto *iuxt. cap. 16. ſupr. 1.* Idemque adhuc ſentio *vid. d. cap. 16. & libr. 2. cap. 13.* de omnibus actionibus ex delicto. Quid inde: Scilicet *in heredem condictio furtiua non daretur, ſi eo ſenſu pœnalis eſſet. Atqui datur in heredem quia rei habeat perſecutionem l. 7. §. 1. de Cond. Furt.* Reſpondeo, in heredem fore vt non daretur, ſi merè pœnæ perſequendæ comparata foret; quia verò merè rei ſit perſecutoriæ, nulliuſque pœnæ perſecutoriæ, inde fieri, vt heres ea teneri poſſit, ſicuti defunctus tenebatur; in ſolidum, ſi ſolidum ad eum peruenerit, vtpote quod & ad defunctum peruenerat, pro parte ſi pars ad eum peruenerit; vtpote quatenus teneretur etiam defunctus, ſi partem furatus fuerit, in

nihil

nihil, ſi nihil peruenerit, vtpote quo caſu defunctus etiam non teneretur, ſi ex furto nihil ad eum peruenerit *l. 6. l. 15. de Cond. furt.* Summatim condictio furtiua merè rei perſecutoria eſt, non pœnæ vllius. Quis vnquam & vſpiam negauit? fieret pœnæ perſecutoria ſi ex delicto daretur & citra exceptionem aduerſus heredem, in ſolidum, *vid. ſupr. cap. 3.* Quid audio, *condictionem furtiuam nec minus eſſe rei perſecutoriam, nec magis pœnalem, quàm vindicationem.* Quòd ſi ita eſt, cum ad eundem modum eſt rei perſecutoria, dabitur aduerſus heredem, quatenus rem habet; cum non magis pœnalis ſit, quàm vindicatio, ſequeretur eam non eſſe ex delicto *vid. ſupr. libr. 1. cap. 7.* Neque ignoro condictionem, quia rei habeat perſecutionem, obligare heredem *juxt. l. 7. §. 1. l. 5. de Condict. furt.* Ignoro, ſi ex delicto eſt, quemadmodum citra exceptionem in ſolidum contra heredem competeret. Ita eſt: condictione furtiua ſolus fur tenetur, aut eius heres non verò vllus alius *l. 5. de Condict.* veluti non is, cuius ope conſilioque furtum factum *l. 6.* Sed nec legatarius *l. 11. d. tit.* Similesue ſingulares ſucceſſores. Aliàs heredem furis, quoniam condictione teneri poteſt ad eundem modum, quo defunctus, in ſolidum teneri, non eſt firma conſequentia. præſupponitur ſemper

ad

ad furem res ablata perueniſſe: aut non tenetur *l. 6. de Cond. furt.* Eodem modo heres tenetur, ſi & quatenus peruenerit. Neque magis robuſtum argumentum eſt, quo vtuntur *ex l. 7. §. 2. de Cond. furt.* dum aiunt, *apud Vlpianum poſt verba illa*, ſed etiã ſi deceſſerit, addendum eſſe *viuo adhuc fure.* Quaſi verò non quamlibet nobis ſententiam defendere in procliui eſſet, ſi libris perfectæ & receptæ fidei, quos corpus juris noſtri continet, pro arbitrio demere vel addere aliquid liceret. τὸ *viuat* prædicatur de ſeruo poſt mortem furis viuente *in d. l. 7. §. 2.* Ergo quid in etiam illa, *etiamſi deceſſerit* nimirum, *poſt mortem furis*, vid. *omnin. ſupr. hoc libr. c. 14.* Diſertis verbis Vlpianus ait. *Sed etſi apud furis heredem diem ſuum obijt, ſeruus furtiuus, vel non apud ipſum poſt mortem tamen furis, dicendum eſt, condictionem aduerſus heredem durare d. l. 7. §. 2.* Sic opponit ſeruum mortuum apud heredem furis, ſeruo poſt mortem furis mortuo apud alium, quàm heredem; indicans clarè ſi non poſt mortem furis apud heredem vel alium deceſſerit, non duraturam condictionem. Adhuc non cedunt, aut credunt, an non ex aliqua pertinacia. Aiunt ijdem de illo caſu, quo ſeruus furtiuus apud heredem deceſſerit, dubitari non poſſe quin heres condictione teneri debeat, cum viuentis neque hereditas eſſe poſſit

l. 1.

l. 1. D. proher. l. 1. de hered. vel action. vendit. Hæc ratio me judice tam quadrat deciſioni, ac ſi diceres heres apud quem ſeruus furtiuus deceſſerit, condictione furtiua tenetur, quia heres adhuc viuit, non habens heredem vel hereditatem. De ſeruo autem, qui apud heredem mortuus ſit viuo fure, non loquitur Vlpianus *in d. l. 7. §. 2.* aut heredem nominaſſet eum viuentis furis. Quod credibile non eſt, eòque rectiùs pertineret ratio reddita *ex d. l. 1. pro hered. l. 1. hered. vel act. vend.* Aiunt: *ad heredem furis nihil poſſe peruenire ſeruo furtiuo ante mortem furis mortuo; igitur in ſolidum heredem teneri.* Argumentum dupliciter falſum. primùm namque vnde comprobârunt ſeruo furtiuo ante mortem furis mortuo, heredem condictione furtiua ad æſtimationem ſerui ita mortui præſtandam teneri? Ex nulla certè lege. Velle quidem eoſdem ſcio, vt ſuppleamus *in d. l. 7. §. 2.* poſt illa, *etiamſi deceſſiſſet, viuo adhuc fure.* Quid? Vlpianum ſequor, & oppono eâdem libertate noſtrum nolle, vt iſta ſuppleantur, quæ in omnibus codicibus meritò deſunt, ne juris ratio periclitetur, ſicuti fieret retentâ eâ regulâ, quam defendimus, ſi nomine ſerui viuo fure mortui heres in ſolidum teneretur. Alterum eſt, quod male ſcribunt; ſeruo furtiuo ante mortem furis mortuo,

tuo, nihil poſſe ad heredem furis peruenire, igitur in ſolidum teneri heredem furis. Quantò rectiùs concluſiſſent, quia nihil eo caſu poſſit ad heredem peruenire, ideo heredem condictione prorſus non teneri, quoniam nulla actione ex delicto merè rei perſecutoria eo caſu teneatur *vid. ſupr. cap. 3.* Condictio ſi ex delicto non datur, benè dicemus, heredem ea teneri, ſiue aliquid ad eum peruenerit, ſiue nihil. Aliud eſt, cum ex delicto datur. Quamuis etiam hoc caſu ſerui viuo fure mortui reliquiæ eæque etiam furtiuæ veluti veſtes & alia quid ni ad heredem poſſent peruenire? puta hereditas, vel aliquid ex ea, quæ furi nomine ſerui furtiui obtigerit *l. 3. in fin. de Cond. Furt.* Legatum *l. 20. de Rei Vind.* partus & fructus *arg. l. 16. l. 20. in fin. de Rei Vind. l. 8. §. vltim. de Cond. Furt.* Pecunia vtilitaſue ex operis *l. 8. de Re judic. l. 11. judic. ſolu. l. 65. §. 8. de Cond. indeb.* Lepidè ijdem reprehenſores ſumunt (ſcientes & confitentes tale quid nobis in mentem nullibi veniſſe) pro ſolita ſua ſubtilitate, ac ſi poſſemus inde condictionem furtiuam putare eſſe pœnalem, eo quod contra heredem detur, etiamſi nihil poſſideat, prout ſcriptum *in l. 7. §. 2. de Cond. Furt. & §. vlt. Inſt. de Obl. ex malefic.* Quid ergo? Si ſic argumentari volemus, contradictionem implicabimus. Quid ita? *Nam ſi pœnalis ideo*

eſt,

eſt, inquiunt, *quòd detur contra heredem, qui neque furti ſucceſſor, neque rei furtiuæ poſſeſſor eſt, conſequens fiet, vt ob hoc ipſum non debeat dari, quoniam pœnalis eſt. Rurſus ſi dicamus, dari eam non debere contra heredem, fiet vt nihil in ea ſit ob quod pœnalis dici debeat ac proinde vt ob hoc ipſum danda ſit aduerſus heredem furis & quidem in ſolidum quod pœnalis non ſit. Eritq́ hoc ex genere illo perplexorum & τῶν ἀπόρων de quibus tractat Africanus in l. 88. ad L. Falcid. Nam quicquid conſtitueris verum eſſe id, falſum ſtatim apparebit.* Hæc exſtant *d. 78. Decad. err. 1.* in quibus Chryſippeis, ſcilicet, laqueis capiuntur veluti Sorite. Nam propoſitio prima eſt falſa, & rectè: quis eam propoſuit? Propoſitio altera judicio eorum itidem eſt falſa. Ecquo judicio? Si dicamus condictionem furtiuam dari non debere contra heredem, inde fieri aiunt, vt nihil in ea ſit, ob quod pœnalis dici debeat. Iterum proteſtamur à nòbis hanc propoſitionem non eſſe. Interim ecquis non videt inuertendam eam eſſe, dicendumque condictionem furtiuam ſi dicamus ex delicto eſſe, & contra heredem non dandam, conſequens fore, vt in ea aliquid ſit, ob quod pœnalis dici debeat, ſi non ob pœnam, quam perſequamur nullam, ſaltem ob delictum, cujus origo obſtet quò minùs contra heredem dari poſſit vltrà, quàm peruenit. Idque veriſſimum

riſſimum eſt *vid. ſupr. lib. 1. cap. 16.* non falſum, prout falſò præſupponunt Aduerſarij. Quid porro? aiunt Vlpianum *in l. 7. §. 2. &* Iuſtinianum *in §. vlt. Inſtit. de obl. ex malefic.* condictionẽ furtiuam non conſtituere pœnalem ex eo, quod detur aduerſus heredẽ, etiamſi neque poſſideat, neque ad eum ex furto quicquam peruenerit. Primum recte: non eſt pœnalis ex ea ratione, quod detur aduerſus heredem licet non poſſideat. Aut quis vnquam tale quid ſomniauit? Cætera, quæ adſuunt nimirum illa, *neque ad eum ex furto quicquam peruenerit*, non extant apud Vlpianum, vel Iuſtinianum. Omnino rectè. *Rei vindicatio aduerſus poſſeſſorem eſt, ſiue fur ipſe poſſidet, ſiue alius quilibet. Condictio autem aduerſus furem ipſum heredemue eius, licet non poſſideat, competit.* Ita extat *in §. vlt. Inſtit. de ex malef.* Vt intelligeremus heredem teneri ad modum defuncti: condictione hac furem, cum viuit, quia rem ablatam poſſederit, (quippe aliàs non teneretur *l. 6. de cond. furt.*) teneri etiam tunc & conueniri rectè, cum non poſſideat, ſimiliter eius heredem teneri & conueniri juſtè, licet non poſſideat eo tempore, quo conuenitur. Adeò, ſi ex delicto eſt condictio, ſemel heredem poſſediſſe vel habuiſſe id oportet, quod ei non prohibearis condicere. Poſſediſſe inquam aut habuiſſe vt ſufficiat, ſi vel momento ad eum

peruenerit *l. 127. de Reg.Iur.* aut conditio eius ſemel auctor facta fuerit *fac. l. 17. l. 18. Quod met. cauſ.* licet poſtea ſiue dolo *l. 21. de dol.* ſiue ſine dolo deſierit poſſidere *l. 16. de cond. furt.* Adhuc inſtant; ac ſi ſcripſerit Vlpianus *in l. 7. §. 2.* tum etiam Iuſtinianus *in d. §. vlt. condictionem furtiuam aduerſus heredem tranſire, etſi nihil ex furto defuncti ad eum peruenerit.* Quod ſalua eorum pace credi non debet, *vid. ſupr. hoc eod. cap. conf. c. 14. ſupr.* Condictio furtiua ſi ex delicto eſt, quia rei habeat perſecutionem, aduerſus heredem competit *iuxt. d. l. 7. §. 2. d. §. vlt.* eo modo, quo jus & ratio ſinunt, eum poſſe obligari *fac. l. 9. §. 4. de dol.* nimirum cum actio ex delicto eſt, nõ in ſolidum, ſed de eo, quod peruenit *l. 3. §. 1. de vi & vi arm. l. vnic. C. ex del. def. vid. ſupr. libr. 1. cap. 10.* Planè vt in rei vindicatione cum Erotem peto, ſicuti ſubauditur demonſtratio ex natura rei, nempe illum Erotem, quem poſſides *l. ſi in rem de R. vind.* ita in condictione heres teneatur, ad quem ſemel res furtiua vel momento peruenerit, etſi poſtea cum conueniendus eſt, non poſſideat, *conf. lat.* Mercat. pro Cuiac. *c. 6.* Atque hæc ferè reſponderamus quoq; in *Membranis*, forte non intellexêre. Quippe inſtant, ac ſi ad locos eos reſponderi non poſſit. In quo falluntur grauiter, *vid. ſupr.* Quid porro? aiunt, nos quaſi non viderimus *d. l. 7. §. 2.*
de con-

de cond. furt. & §. *vlt. Inſtit. de obl. ex del.* defendiſſe apertiſſimè: contra quàm in ijs ſcriptũ ſit, *& pœnalem eſſe condictionem furtiuam eo prætextu: quòd in ipſa ſpectetur æſtimatio temporis, quo plurimi res vnquam fuit l. 8. §. 1. de cond. furt. & morte furis eam interire. Deq; ea re duos eſſe textus: vnum in d. 7. §. vlt. de cond. furt. Alterum in l. 10. de tut. & rat. diſtrah.* Quid reponemus? illud imprimis, injuriâ nos affici, dum nobis imputant, ac ſi ſcripſerimus, condictionẽ furtiuam non eſſe merè rei perſecutoriam prout extat in *d. l. 7. §. 2. & d. §. vlt.* ſed etiam pœnalem, id eſt pœnæ perſequendæ gratia comparatam. Aut vbi id ſcriptum? Quid enim, fur dum viuit, & non reſtituit, quia ſemper & omni momento furtum cõtinuat, etiam tunc, cum pluris eſſe res cœperit, quàm fuit admiſſi furti tempore, non plus præſtat, quàm quãti res eſt, hoc eſt, verum rei pretium *l. 9. de in lit. iur.* At enim heres, ad quẽ nihil ex furto defuncti peruenerit, ſi æſtimationem præſtare teneretur, quanti vnquam plurimi fuerit res ablata à tempore litis conteſtatæ ad ſententiã vſque, meram pœnam præſtaret, ſi eam æſtimationem ex nulla alia cauſa, quàm ex delicto defuncti præſtare teneretur, *vid. ſupr. hoc libr. cap. 3. vid.* Mercat. pro Cuiac. *c. 5. vid. ſupr. libr. 1. cap. 16.* Fateor, hæc dixi, ſcripſi & necdum diſſimulo, condictionem furtiuam, ſi ex delicto eſt, origine tenus eſſe pœnalem,

non pœnæ perſecutoriam *vid. ſupr. l. 1. cap. 16.* Quòd ſi verò contra heredem in ſolidum daretur, id eſt, ſiue aliquid ad eũ peruenerit, ſiue nihil, fore, vt in quantum plus præſtaret, quàm peruenerit, etiam fieret pœnæ perſecutoria. Difficultas, quam vtinam ſuſtuliſſent. Quod mirêre, ne attingere quidem auſi ſunt. Clamant, *rem furtiuam ante mortem furis ſic peremptam, vt nihil ad heredem peruenire potuerit, ab herede eius juſtè condici.* Adeò vt eos non pudeat, (non ita loquerer, niſi nos ita alloquerentur) adfirmare, diſertiſſimis verbis id extare *in d. l. 7. §. 2. de condict. furt.* Ad inſpectionem prouoco, vbi diſertiſſima illa verba? ſcilicet Vlpianus complexus eſt illum caſum *in d. l. 7. §. 2.* Quid? complexus, aut diſertiſſimis verbis, aut obſcuris, aut nullis. Iam verò deſunt verba illa diſertiſſima, abſunt obſcura. Ergo quoniam nullis verbis caſum illum expreſſiſſet Vlpianus *in d. l. 7. §. 2.* voluere reprehenſores noſtri receptum textum ſuppleri, id eſt, deprauari & mutari eius ſententiam, additis duobus verbis *deceſſerit* nimirum *viuo fure.* conf. *d. 78. Decad. err. 1. item 10. Decad. err. 8.* Itane? eâdem ſiue licentiâ, ſiue audaciâ quid ni liceret nobis vel ſupplere vel ſubaudire, *deceſſerit mortuo fure.* Quæſtionis cardo conſiſtit in eo, vtrum condictio ceu actio ex delicto merè rei perſecu-

perſecutoria citra exceptionem aduerſus heredem in ſolidum detur. an verò ceu actio ex alia cauſa. Hoc caſu regula iuris nulla læditur, etiamſi ſuppleatur, *deceſſerit viuo fure.* Illo caſu quia certiſſima regula, quæ eſt; *actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidum non dari*, læderetur, cauendum profectò eſt omnino, ne reprehenſorum noſtrorum ſupplementum toleretur. Maximè cum noſtrum ſupplementum non tam neceſſarium ſit, vt inſeratur adijciaturque, quum extet *in d. l. 7. §. 2.* ibi, *poſt mortem tamen furis* vid. ſupr. hoc cap. *& cap. 14.* Similiter errant, dum ſcribunt, *actionem omnem, quæ perpetua, & aduerſus heredem datur, intelligi in ſolidum & perpetuò non minùs aduerſus heredem, quam defunctum.* Error, quem confutauimus *ſupr. libr. 1. cap. 12.* Addunt: nullas pœnales actiones contra heredem negari de eo, quod peruenit, excepta vi bonorum raptorum actione. Error, quem profligauimus *ſupr. libr. 1. cap. 14. & 15.* Poſtremò ſubijciunt: *actionem vi bonorum raptorum de eo, quod peruenit, aduerſus heredem non fuiſſe porrectam, quia putârit Prætor ſufficere condictionem furtiuam. l. 2. §. vlt. vi bon. rapt.* ac ſi ſenſus eſſet, *nihil edixiſſe prætorem de actione vi bonorum raptorum danda contra raptoris heredem etiam de eo, quod peruenit, quia non modo ſuperuacuum, ſed etiam*

abſurdum quod fuiſſet, prætoriam actionem ei dare, cui ciuilis competeret, quæ eſſet plenior maiorisque effectus l. 1. de public. in rem act. Aliter hæc explicauimus *c. præc. conf.* Mercat. *pro* Cuiac. *c. 7.* Quaſi verò *ſufficere condictionem,* idem ſit, ac ſi diceremus, *pleniorem eſſe & meliorem* condictionem. Non debet reſponſio diſcrepare ab eo, quod in quæſtione eſt. Putauit autem prætor ſufficere condictionem furtiuam ad conſequendum illud, quod peruenit. De eo enim quærebatur *in d. §. vlt.* Alioquin ſi plenior ei monſtranda fuiſſet actio, quâ ſolidum poſſet conſequi, cur non ſuffeciſſet actio vi bonorum raptorum, quæ plenior in re ipſa eſſet, quàm condictio, tum melior quoque ob facilitatem probationis, quæ in condictione propter dominium difficilior. Quid? Aduerſus heredem Calumniatoris condictio furtiua datur *l. 5. §. 1. de Calumn.* Quòd ſi autem hac actione ſolidum actor conſequi poſſit non ſolùm à calumniatore, ſed & herede eius, planè eadem ratione non modo ſuperuacuum, ſed & abſurdum eſſet, quod fecit illic prætor, propoſita in factũ actione aduerſus heredes de eo, quod ad eos peruenerit, *d. l. 5. in princ.* quæ minùs commodi & vtilitatis habeat, quam condictio. Certè ita ſi dicendum foret, neceſſe eſt, culpetur legiſlator noſter, qui contra fu-

rem

tem & raptorem actionem in quadruplum propoſuerit, & præterea condictionem, quæ tamen in ſolidum vtut contra furem detur, tantam tamen vtilitatem adferre actori neutiquam poſſit. In actionis inſtitutione rerum ablatarum dominis licet clementiùs, vel inclementiùs electâ & applicata competenti actione jus ſuum perſequi *l. 88. l. 52. in fin. de furt. l. 1. vi bon. rapt. l. 14. §. 9. de Aedil. & Redhib.* clementiùs, quod ſibi abeſt, petendo, vel etiam quod peruenit, pro cauſæ conſtitutione, non pœnam. inclementiùs; pœnam & rem, quæ abeſt, vel ſolidum, quod abeſt reſpectu eius, quod peruenit. Quid ergo valde lepidè, dum abſurdum adſerunt fore, ſi prætor prætoriam actionem polliceretur, competente Ciuili. Quaſi verò hoc nuſpiam factum *vid. l. 3. §. 1. Naut. Caup.* quaſi, inquam, ipſa vi bonorum raptorum actio, quæ prætoria, non competat competente furti, quæ ciuilis *l. 1. vi bon. rapt.* præſtat, plures actiones habeamus, quam vnam, *l. 1. de priuat. del.* vt ſit electio vberioris, vel mitioris *fac. l. 1. §. 2. §. 3. & 4. de publican.* Plane vt haud diffitear, à ratione nihil alienum facturum fuiſſe prætorem, ſi actionem vi bonorum raptorum aduerſus raptoris heredes itidem conceſſiſſet in id, quod locupletiores facti deprehendantur, poſtea-

quam hæc actio non meram pœnam, ſed & rei perſecutionem contineat §. 17. *Inſt. de Act.* vt quatenus pœnalis eſſet, in heredes non daretur: quatenus rei perſecutoria, in id, quod peruenit, competeret. Cæterùm non placuit prætori hac in re actionem vi bonorum raptorum ſeparare ab actione furti. Quid ita? furti actio eoquod merè pœnalis ſit, aduerſus heredes ne quidem, in quantum peruenit, datur *l. 1. de priuat. del.* fortean ideo, ne prætor in eo reprehenderetur, quaſi actio vi bonorum raptorum ſimiliter eſſet pœnalis, alia ſibi ratione vtendum exiſtimauit Vlpianus, dicique poſſe commodiùs: ideo prætorem ***non eſſe pollicitum in heredes in id, quod ad eos peruenit, quia putauit ſufficere condictionem.*** Condictionem, inquam, in id, quod ad eos peruenit. Qua in ſententia & rectiſſime eſſe video Decium *in l. pupillum §. in heredes de Reg. iur.* Bartolum *ad l. vnic. C. Ex delict. def. num. 6.* referente & ſequente Franciſco Caldas *4. part. relect. ad l. vnic. C. ex delict. def.* Quamuis vtut condictio in ſolidum vulgo competeret, nō inde ſequeretur, ideo ſuffeciſſe prætori condictionem, ceu quæ plenior eſſet, & in ſolidum competeret. Putauit ſufficere condictionem ad conſequendum id, quod peruenit, ſi clementiùs actor agere, & non in plus intenderit.

Enim-

Enimuero qui ſolidum non prohibetur condicere; an id, quod peruenerit, ſi condiçere duntaxat maluerit, prohiberetur condicere? Non puto: clementiùs jure ſuo vti nemo prohibetur. eòque referri poſſit *l. vlt. C. Rer. Amot.* Scilicet eo præſuppoſito, quòd in ſolidum competat aduerſus heredem, ſicuti condictio furriua *l. 6. §. 3. de Rer. Amot. act. l. 9. de Cond. furt.* ita tamen, vt de rebus quas diuortij cauſa quondam vxorem tuam abſtuliſſe proponis, rerum amotarum actione contra ſucceſſores eius non in ſolidum, ſed in quantum ad eos peruenit, vti non prohibearis *iuxt. d. l. vlt.* non prohibearis; ſi clementiùs jure tuo vti, & non plus recipere ſederit, etiamſi in ſolidum agere poſſes, ſi velles. Conciliatio eò probabilior, quòd ferè quæſita decidantur per Reſcripta Imperatoria in *Codice*, quo vtimur. Potuit autem quæſitum propoſitumque fuiſſe Impp. vtrum id, quod ad ſucceſſores mulieris perueniſſet, actione Rerum Amotarum recipere liceret. Ac ſi ratio dubitandi eſſet, in ſolidum quia competeret, eam actionem non videri poſſe competere de eo, quod peruenit. Ratio decidendi, ſi velis, catenus eam competere. Cumque de retinenda eâ ſententiâ: *condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum aduerſus heredem in ſolidum competere,*

non ita pridem ageret nobiſcum vir Clariſſimus, Cornelius Syluius Anteceſſor Lugdunenſis Batauus, conquerereturque de commoda aliqua reſponſione *ad d. l. vlt.* nondum allatâ. Reſpondi, reſponſionem Ampliſſimi & eruditiſſimi Antonij Fabri multis de cauſis non ſubſiſtere, quas hiſce in libris publicaturus eſſem. Interim ita reſpondendum eſſe, prout jam reſpondi, aut quieſcendum. Reſponſio valde noua; quæ tamen viro amiciſſimo valde placuit, confirmataq; ex tempore fuit allato, neſcio, quo legis adhuc exemplo alio. Non malè. Quid? Actio rerum amotarum eſt condictio *l. 26. de Act. rer. amot.* ſimilem plane habes naturam, qualem condictio furtiua *l. 6. §. 3. l. 21. §. pen. l. vlt. l. 3. in fin. de Act. rer. amot. l. 3. §. 12. de pecul.* Ergo quid ſi vtramque ex re noſtra more obligationum ex re deſcendere, darique propriè defenderemus, & inde eſſe, quod in ſolidum aduerſus heredes dentur *juxt. c. 6. c. 7. c. 8. ſupr. libr. 1.?* ex delicto vt oriantur *l. 10. de Compenſ. l. 21. §. pen. de Act. rer. Amot.* occaſionem dante, & cauſæ juſtitiam adiuuante, ſicuti in rei vindicatione & ad exhibendum actione, quæ, cum aduerſus furẽ eumq; poſſeſſorem inſtituuntur, vtut ex delicto tunc oriantur, non tamen ex delicto dantur *vid. ſupr. d. c. 6. libr. 1.* Quid mirum? Legiſlatoris magna poteſtas eſt, & quid ni tanta, vt

in

in hiſce duabus actionibus propter vtilitatẽ dominorum à parte actoris, & odium furum à parte Rei, redditio rei noſtræ habeatur pro datione rei non noſtræ *vid. d. c. 8. libr. 1.* hoc eſt, ac ſi de datione rei non noſtræ ageretur, veluti in condictionibus, *ſine cauſa, ob turpem vel iniuſtam cauſam* & ſimilibus. Quicquid ſit, hæc opinio ſuſtineri poteſt citra violationem vllius regulæ. Quòd ſi verò magis placuerit, vt ex delicto vtraque ſit propriè, tum vtraque etiam in ſolidum detur, næ tolerabilis quoque iſta doctrina erit, modò regula maneat: *actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes non vltra dari, quàm in quantum peruenit*: à qua regula hæ duæ porro condictiones excipiantur. Quippe ex quibus nulla conflari poſſit, aut debeat confici regula, cum contra regulas juris ſingulari jure vtraque introducta ſit §. *14. & 15. Inſtit. de Act. l. 1. de Act. rer. Amot.* vnaque ferè condictio: duplex tantummodo, hoc eſt, vnaquæque ſuum habens nomen. Quod eò pertinet, vt eò faciliùs vtraque excipiatur, ſi viſum fuerit iſto vel ſimili modo conciliari poſſe *d. l. vlt. C. Rer. Amot.* Sin minùs: liberum eſto, vt ſola condictio furtiua aut ex alia cauſa quàm delicti arceſſatur, aut ſi ex delicto eſt, excipiatur: aut redigatur ſub regulam, quæ eſt, actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes

heredes non vltra dari, quàm in quantum peruenerit. Præclarè Herodotus, (referente Gulielm. Douiatio *enarr. nat. reſp. cap. 17.*) *niſi, inquit, diuerſæ dicantur ſententiæ, meliorem eligere non poteris, ſed cum plures variaſque audieris, facilè diſcernes tanquam aurum ab aliijs metallis meliorem.*

CAP. XVI.

Notæ aliæ ad eadem, aliaque quatuor argumenta, quibus malè probetur, condictionem furtiuam aduerſus heredem in ſolidum competere.

REm confectam habere ſibi viſus erat Antonius Faber *4. coniect. 1.* dum citra diſtinctionem vllam *vtrum ex delicto, an verò ex contractu vel alia cauſa alicuius figura condictio furtiua deſcenderet:* vel paucis rationibus motus, lege vnâ, docuerat aduerſus heredem furis in ſolidum eam dari, Cuiaciumque erraſſe grauiter, qui jam olim contra inſurrexiſſet, etſi melioribus rationibus nec vnâ lege. Aut ſaltem ita mihi quondam videbatur; nec audenter aliquid à me dictum fuiſſe, adhuc res loquetur: ſed præſuppoſito eo fundamento, ſuper quo ædificauit, nimirum, ex delicto condictionem hanc deſcendere. Primum autem eius argumen-

gumentum erat, condictionem ex cauſa furtiua morte furis non interire, idque apertè colligi ex eo, quod Iuſtinianus ſcribat; hac condictione teneri furis heredem, quamuis rem furtiuam non poſſideat *in §. vlt. Inſtit. de Oblig. ex malefic.* Quaſi verò hinc efficiatur: in ſolidum ſemper contra heredem eam competere. Quid enim ſi poſt mortem furis vel momento res furtiua ad eum peruenerit *arg. l. 127. de Reg. Iur.* aut conditio eius ad æquipollentem æſtimationem ſemel auctior facta fuerit *l. 17. l. 18. Quod met. cauſ.* & poſtea ſiue dolo *l. 21. de dol.* ſiue ſine dolo deſierit poſſidere *l. 16. de Cond. Furt.* item quid ſi peruenerit non cum effectu, ſed actione ei tantum delata *arg. l. 2. §. 2. de hered. vel act. vend.* Aut quid ſi rem furtiuam non poſſideat, obtulerit tamen ſe petitioni *arg. l. 13. §. 13. de petit hered.* quid ſi in pecuniam aliamue rem ab herede conuerſa fuerit, & poſtea deperdiderit, aut quid ſi denique res iſta ablata, quæ ſemel in hereditate fuerat, poſtea apud eum non ſit *l. 18. Quod met. cauſ.* in ſolidum profecto tenebitur heres *iuxt. d. §. vlt. Inſt. de obl ex malefic.* & ſi rem furtiuam non poſſideat eo tempore, quo inceperit conueniri. Ecqua tandem juris ratione? ſi non quia ſolidum ablatum ijs in caſibus ad eum vel momento peruenerit? Non certè vt hinc

hinc probetur, etſi heres nihil furtiuum poſſideat, quia tamen ijs & ſimilibus caſibus conditione furtiua teneatur, eum propterea in ſolidum conueniri. Condictio aduerſus furem ipſum, heredemue eius, licet non poſſideat competit *D.* §. *vlt. Inſtit.* Fur autem ipſus ſi rem ablatam nunquam poſſederit, ne ipſus quidem tenetur *l. 6. l. 15. de Cond. Furt.* tamen ſicuti tenetur, ſi ſemel vel momento poſſederit, etſi non poſſideat eo tempore, quo conueniendus. ita & idem de herede concludendum eſt, aut malè eum repreſentaret, quem repreſentat. aut quid ſi poſt mortem furis non in ſolidum res furtiua ad heredem eius peruenerit *arg. d. l. 127. de Reg. Iur.* ſed conditio eius parte tenus auctior facta fuerit *arg. d. 17. & Quod. met. cauſ.* & poſtea ſiue dolo *l. 21. de dol.* ſiue ſine dolo partem eam deſierit poſſidere *arg. l. 16. de Cond. Furt.* aut quid ſi dolo egerit, ne partis poſſeſſionem adipiſceretur, quam potuerat adipiſci *arg. l. 2. §. 5. de hered. vel act. vend.* aut quid ſi rem furtiuam in ſolidum accceperit nunquam, ſed partem, quam acceperat, conſumpſerit, perdiderit, vel alicui donarit. *arg. l. 23. de hered. pet. l. 17. Quod met. cauſ.* Dico, heredem furis hiſce & ſimilibus caſibus, licet rei furtiuæ ne vllam quidem partem poſſideat, condictione furtiua teneri, non

in ſo-

in ſolidum ablatum, ſed in quantum vel momento ad eum peruenerit. Ac quidem non ex ea ratione, quòd condictio hæc morte furis non intereat, ſed quia res furtiua ad heredem parte tenus peruenerit, propterea condictio hæc non intereat, propterea heres, etſi eam non poſſideat, condictione hac teneatur. Ratio rationis eſt, quod ex defuncti delicto, quoties in heredem datur actio, quatenus ad eum peruenit, ſufficiat, ſi vel momento peruenerit *l. 172. de Reg. Iur.* Non eſt pœna in actionibus pœnalibus, vt, qui non poſſideat, in ſolidum teneatur *l. 46. de furt.* Ergo nec in condictione furtiua. Is, qui vi aliquem deiecit, conueniri poteſt, etiamſi non poſſideat *l. 7. l. 15. l. 19. §. 24. de vi & vi armat.* abſit, vt inde concludatur. Ergò heres eius in ſolidum tenetur. Tenetur vtique non in amplius, quàm peruenit *l. 9. l. 3. in princ. & in fin. de vi & vi armat.* Is, qui metum admiſit, jubetur rem reſtituere, etiamſi ad alium res peruenit *l. 14. §. 5. verſic. pedius Quod met. cauſ.* non tamen propterea heres eius in ſolidum tenetur *l. 16. §. 2. d. tit.* Ecquæ juris obſtat ratio, ſi non ea, quod in delictis non ſit talis ſucceſſio, qualis in contractibus. Quid? peti hereditas poteſt ab eo, qui nihil hereditatis poſſidet *l. 13. §. 13. de petit. hered.*

Ergo-

Ergone in ſolidum, id eſt, etſi nunquam aliquid ex ea poſſederet? non rectè. Planè vt nihil fragilius ſit hoc argumento ad oſtendendum in condictione furtiua furis heredem teneri propterea in ſolidum, eoquod peræque conueniri permittatur, ſiue rem furtiuam poſſideat, ſiue non poſſideat. Cum potiùs hoc ideo inculcetur: vt intelligeremus, qua in re condictio hæc, quæ actio perſonalis, diſcreparet ab actione reali. hanc nimirum contra poſſeſſorem neceſſariò inſtitui debere: illam etiam contra eum, qui eo tempore, quo conuenitur, non poſſidet. Iam verò furis factum ſicuti rectè dicimus attribui furis heredi minùs rectè, quandoquidem fur non ſit *l. 13. §. 2. de iureiur.* ita quoque ab eo nihil furtiuum condici poſſe exiſtimamus ex furto eius, cuius heres eſt, niſi quà rem furtiuam ſemel conſecuto, poſteaquam condictio furtiua nihil aliud ferè ſit, quàm perſonalis quædam rei abreptæ vindicatio. Sed ita perſonalis, ne confundatur cum actione plenè reali. Quod ipſum propterea noto, ne quis adſentiatur temerè Ioh. Igneo *ad l. in cognitione ad SC. Syllan. num. 57.* quando ait, *condictionem furtiuam ſoli domino competere contra furem & quemcunque rei furtiuæ poſſeſſorem, ſeu detentorem.* Sententia, quæ recipi non poteſt, ſed ſimpliciter debet damnari *fac. l. 5. de cond. furt.*

Si

Si placet, eadem libertate examinemus nunc porro Argumētum ſecundum, quod deſumpſit Ant. Faber ex Vlpiano *in l..7.§.vlt.de cond. furt.* dum eum eo in loco ait docere, ita jure Ciuili conſtitutum eſſe, vt condictione furtiua heres quoq; furis obligetur, quod ea actio rei habeat perſecutionem. Et rectè : habet hæc actio rei perſecutionem: rem enim ipſam petit *d.l.7.§.1.& 2.de cond.furt.§.fin. Inſt. de obl. ex del.* non pœnam furti, aut ſimilem. Interea habere rei perſecutionem (ita loquitur Vlpianus *in d.l.7. §.1. & 2.*) ecquid aliud eſt, quàm ea non deſtitui, quàm eam continere. Phraſis, quæ tantùm abeſt, vt pœnalē eſſe hanc actionem neget, aut in ſolidum aduerſus heredem propterea dari adfirmet; id, quod Aduerſarius opinatur *78.decad.err.1.* vt vel innuat ſatis, ſubeſſe quid præterea, quamobrem comparata ſit. Quia enim habeat rei perſecutionem, næ ideò præſupponit, aliquid eſſe, cum quo ſub vna actione contineatur res, non quidē cum pœna, ſaltem vt ſciremus delictū furis ſimul tangi, cujus odio hæc actio domino rei fuerit indulta, quod pœnale ſit, etſi actio ipſa non ſit taliter pœnalis, vt pœnam actor vi huius actionis perſequatur. Tantum abeſt, vt condictionem furtiuam eſſe merè rei perſecutoriam negârim vſpiam. Negaui, quòd actio nulla, quæ rei perſecutionem habet *iuxt.d.l.7.* ſimul pœnalis eſſe nequeat. Négaui, quod a-

ctio omnis, ſiue ex contractu ſiue ex delicto, modò quæ rei perſecutionẽ habeat, aduerſus heredem in ſolidum competat. De Actione, *Quod metus cauſa dicitur*, quod & rei habeat perſecutionem *l.14.* §. *1. in fin.* §. *10. Quod met. cauſ.* De rationum diſtrahendarum actione, quòd rei perſecutionem contineat *l. 2. in fin. de tut. & rat. diſtrah.* De vi bonorum raptorum actione, quòd qnadruplo inſit & rei perſecutio *in princ. Inſt. vi bon. rapt.* Quid multis? actio de Calumniatoribus *l. 5. de Calumn.* de ſeruo corrupto *l. 14.* §. *in hac actione de ſeru. corrupt.* Legis Aquiliæ *l. 19. Inſtit. de Act. l. 34. de Obl. & Act.* Arborum, furtim cæſarum *l. 7.* §. *vlt. Arb. furt. cæſar.* atque id genus aliæ rem perſequuntur, non eò minùs vt pœnales quoq; ſint. Ergo nõ male ſicuti iſta dicimus, ita ſuſtinemus bene: actiones rei perſecutorias ex contractibus vel quaſi aduerſus heredes in ſolidum dari, non item, quæ ex delicto vel quaſi, *vid. ſupr. libr. 1. c. 11. libr. 4. c. 3.* Aduerſarius autem noſter dum ex delicto actionẽ hanc oriri non tantùm fatetur, ſed & docet paſſim: exceptionẽ etiã nullã vt judicarit eſſe neceſſariã, fieri non poteſt, vt non ita ſentiẽdo in ipſa principia clariſſimè impingat. immemor hac in parte neceſſariò ſeparandam eſſe actionẽ ex delicto, quæ oritur, ab actione ex contractu, cum in toto juris noſtri Oceano non inueniatur actio ex delicto deſcendẽs, ſiue pœnalis, ſiue merè rei perſecuto-

ſecutoria, quæ ſiue ſolidum, ſiue aliquid, ſiue nihil ad heredem ex delicto defuncti peruenerit, heredem in ſolidum obligatum ſequatur. Verùm vbique in contrarium eſt regula, eaq; tritiſſima: *actiones ex maleficio nullas ad heredes tranſire, vltra quàm peruenerit, extra quam lis cum defuncto vbi fuerit conteſtata l. vnic. C. ex delict. def.* Tum id, quod peruenit, ex qua demum cauſa heredi aufertur? an non quia turpia lucra retinere eum cum alterius detrimẽtò haut æquũ ſit *l. 34. de Obl. & Act. l. 3. in princ. de vi & vi arm.* Atat lucra æſtimantur teſte experientia ex eo, quod peruenerit, non ex eo, quod ad heredem non peruenerit. Planè vt tutum nõ ſit ita concludere: Actio illa & illa, quæ ex delicto eſt, rei habet perſecutionem, ergo in heredes datur *l. 2. §. vlt. l. 3. & 4. de alien. jud. mut. cauſ. l. 8. §. 1. Quod falſ. tut. l. 10. l. 9. in fin. de reb. auth. jud. poſſ. vid. ſup. libr. 1. c. 11. cap. 10. cap. 17.* Quamuis adhuc peius, ſi ita: actio illa & illa ex delicto in heredes datur: ergo in ſolidum datur. Non, certè. Actio de dolo aduerſus heredem datur *l. 13. de dol. mal.* item rei perſecutionem habet *l. 18. d. tit.* Actio rerum Amotarũ aduerſus heredem datur *l. 6. §. 3. de act. rer. am.* item rei perſecutionem continet *l. 21. §. pen. de act. rer. amot.* Pauliana aduerſus heredes datur *l. 10. §. 25. Quæ in fraud. cred.* & rei perſecutionẽ continet *d. l. 10. §. 19.* Actio in factum de vi & vi armata aduerſus heredes, cæteroſq; ſucceſ-

ſores pertinet, etiã non ſine rei perſecutione vt ſit *l.3.§.1.de vi & vi arm.* Actio tributoria in heredes datur, notorieq; rei perſecutoria eſt *l.8. de Trib. act.* Non tamen vltra id, quod peruenit, aduerſus heredem datur actio de dolo *l.26. de dol.* actio rerum amotarum *l.vlt.C.Rer. Amot.* Pauliana *l.11. Quæ in fraud.cred.* Actio iſta in factum de vi *l.3.§.1. de vi & vi arm.* actio tributoria, vtut nõ ex delicto *l.9. in fin.l.8.de Tribut.Act.* Tertium porro argumentum deſumit idem author *4. coniect. 1. ex d.l.7.§. 2. de Cond. furt.* etiam vt videtur, abſque fundamento. Quid ita? Vlpianus *in d.§.2.* diſertis verbis rationem illam explicat, quemadmodum condictio furtiua, quia rei perſecutionẽ habeat, heredem quoq; furis obliget, nimirum, dato exemplo ſerui furtiui. Primùm ait: ex ſentẽtia viri doctiſſimi heredem furis obligatum eſſe, ſiue ſeruus ille furtiuus viuat, ſiue ante mortẽ furis deceſſerit. Deinde, ſiue apud furis heredem diem ſuum obijt, ſiue apud alium poſt mortem furis. Neq; nego, quòd ſi tam verum eſſet, quã falſum eſt, actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes in ſolidũ competere, ſententia iſta duplex quin ita tolerari poſſet. Commodè mens alia Vlpiano dari poteſt, imò iam data eſt longè cõmodior *vid.ſup.c.14.& 15.* Quid tum? vt gratificer Aduerſario etiam retentâ hac ſententiâ, elabendum eſt. Ac quidem in poſteriori hoc caſu,

minus

minus eſt,quòd dubites.Poſteaquam fur furtiua condictione ſicuti tenetur,ſiue poſſideat ſeruum illum furtiuum, ſiue non poſſideat §. *vlt. Inſt. de obl.ex malefic.* ita furis heres non foret eius heres, ſi non eodem modo, quo defunctus cui ſucceſſit, tenebatur,obligatus céſeretur intuitu rei furtiuæ, quæ cum hereditate & in hereditate corporaliter vel æſtimatione tenus ad eum vel momento peruenerit.Defunctus autem vtut fur fuiſſet,ſi rem furtiuam nunquam accepiſſet, nunquã condictione furtiua conueniri potuiſſet *l. 6. l. 15. de cond.furt.* Ita & heres an condictione teneretur, ſi nihil ex furto defuncti furis ad eum perueniſſet? Profectò durior eius hac in re conditio eſſet,quàm furis,cui ſucceſſit.Quod admittendum non eſt. Deinde etſi admitteremus heredẽ furis, ſiue ſeruus furtiuus poſt mortem furis apud eum deceſſerit, ſiue apud aliũ, condictione teneri *iuxt.d.l.7.§.2.de cond. furt.* nondum inde ſequeretur, propterea fore, vt in ſolidum teneretur. Siquidem obſtet ſemper ea regula: quâ dicimus *ex delicto actiones merè rei perſecutorias aduerſus heredes non vltra dari,quàm peruenerit.* Aut vbi ſcriptum:condictionem hoc caſu in ſolidum dari? non certè *in d.l.7.§.2.* Præſertim cum argumentatio iſta, quàm periculoſa ſit,iam iam audiueris. Intelligo iſtam argumentationem:Actio illa & illa in heredem datur:ergo in ſolidum datur *iuxt.*

d.l. 7. §. *2.* Conſequentia falſiſſima, *vid. ſupr. hoc c.* Ratio, ex qua etiam deciſio proris caſus dependet. Nec enim decidit claré Vlpianus *in d.l. 7.* §. *2.* Vtrum in ſolidũ, an quatenus ad heredem ſeruus furtiuus peruenerit, heres obligatus ſit. In quo tamen omnis noſtra conſiſtit quæſtio. Id igitur vt definiatur, ſciendũ eſt, ſeruo furtiuo apud furem vel alium ante obitũ furis mortuo, hominem mortuũ condici poſſe, ſi nondũ combuſtus vel humatus, mox à morte vel cum mortuo fure, quod fieri poteſt, extet. Aut cur minus condici, quàm corpus mortuũ redimi apud Poëtam? *Exanimumque auro corpus vendebat Achilles.* Boue ſurrepto & occiſo, condictio & bouis & carnis & corij domino competit contra furem, ſcilicet, ſi & corium & caro contrectata fuerint *l. 14.* §. *2. de Cond. furt.* ſimiliter ſeruus mortuus quid ſi ad heredẽ peruenerit? Quadrupedibus ſerui cõparantur. Scio, quid hic regeri poſſit aut præuideo forte. Licet proponere, adſerere non lubet. Seruo apud furem mortuo, aut nihil occaſione ſerui furtiui à fure ad heredem peruenit; & clarum eſt, hoc caſu heredẽ condictione non teneri ob furtum ſerui à defuncto ſubrepti. Aut aliquid ea occaſione ad eũ peruenit. Hoc caſu non nego heredem obligatum eſſe, & ab eo ſeruũ mortuum condici poſſe *iuxt. l. 3. in ſin. l. 7.* §. *2. de Cond. furt. l. 52.* §. *28. de furt.* ceu corpus, à quo acceſſiones dependeant.

pendeant. Sed aio, dominum ea conditione conſecuturum, nō tam hominem, aut eius æſtimationem, ſicuti à fure ipſo, ſi adhuc ſupereſſet, conſequeretur, *iuxt. l. 2. §. 34. de vi & vi arm.* quàm illud, ſi quid occaſione furti in eo commiſſi primùm ad furem, deinde ad heredem peruenerit: veluti pretium hereditatis, quæ furi nomine ſerui furtiui obuenerit *l. 3. in fin. de cond. furt.* vel legatorum, ſi quæ per ſeruū furtiuum furi obtigerint *l. 20. de R. vind.* vel ex cauſa aliqua *l. 16. l. 17. §. 1. l. 20. de R. vind. l. 31. de reb. cred.* quatenus hereditas furis inde locupletior ad heredem peruenerit *l. 26. de dol. l. 12, in fin. Ad exhib.* Quid ſi hoc reſpectu intelligemus heredem furis obligatum eſſe etiam eo caſu, quo ſeruus furtiuus apud furem, vel aliū viuente adhuc fure deceſſerit *in d. l. 7. §. 2. de Cond. furt.*? Dico quid ſi? non vt hæc iterū ceu oracula adſeram. Explicatio, quam dedi *ſupr. c. 14. & 15.* melior & ſolidior videtur. Sufficit hoc loco, ſi hinc conſtet fruſtra ad *d. l. 7. §. 2.* nos relegari. Quòd ſi autē quæſieris, quis mihi renuntiarit Vlpianum ita exaudiendū eſſe, quaſi non detinierit in ſolidum teneri heredē eo caſu, quo ſeruus furtiuus viuo fure deceſſerit, an non regerā rectè: ſi quæſiero quis tibi reuelarit, Vlpianū tam amplè intelligendum eſſe, ac ſi ſenſerit hoc caſu heredem furis in ſolidum teneri. Quod ipſum in iſta lege cum ſcriptum non ſit, cur non negaremus? à parte

mea mera ſtat juris ratio. Hæc obſcuris potior interpretationibus, & eligẽda præſertim eſt, ne certiſſimus juris tenor ſubuertatur, quo cautum eſt, non vnã aliquam actionem, ſed generaliter actiones omnes, quæ ex delicto deſcendunt, ac rei perſecutionem habẽt, non tranſirẽ in heredes, vltra quàm peruenit. *vid. ſupr. hoc libr. c. 3.* Explicatio, quæ proinde & dã-da Vlpiano *in d. l. 7. §. 2.* vt vbi vna ratio, jus vnũ foueatur, nec vbi exceptio nulla officiũ regulæ impediat, regula tam generalis in vna hac actione temere poſtponatur. Quid audio? Si quod Vlpianus *in d. l. 7. §. 1. de Cond. furt.* ſcribit, condictione furtiua heredẽ quoq; furis obligari, ſic intelligeres, vt eatenus tantùm obligetur, quatenus ad eum peruenit, inepta eſſet illa ratio, quia rei habet perſecutionem; cum & eæ actiones, quæ rei perſecutionẽ non habent, aduerſus heredes dentur, in quantũ ad eos peruenit, ne contra rationẽ & æquitatem naturalem alieno ſcelere ditentur *l. 17. §. vlt. l. 26. de dol. l. 7. §. 1. depoſ. l. vnic. C. ex del. defunct.* Hæc quarta Antonij Fabri ratio eſt, ex qua concludit, condictionẽ furtiuam aduerſus heredem furis in ſolidũ competere. Quã vellem, ne hæc viro doctiſſimo excidiſſent. Ferri certè nõ poſſunt *vid. ſupr. libr. 1. c. 14. & 15.* Quid enim, ratio iſta an nõ plurimum operetur, cum operetur, vt aliàs aduerſus heredẽ de eo, quod peruenit, non concederetur *vid. ſupr. libr. 1. c. 14. & 15. libr. 4. c. 1.*

Cap. XVII.

De ſententia l. vnic. C. Ex delict. defunct. & l. 9. de Cond. furt. factâ reniſſione & concluſione.

SCire leges non hoc eſt, verba earum tenere, ſed vim ac rationẽ *l. 17. de legib.* verba legis *9. de Cond. furt.* videmus, & ſcimus omnes: in ratione laboramus, ſi non erramus. Regula eſt: *actiones ex delicto etiam merè rei perſecutorias aduerſus heredem non competere, vltra quam peruenit.* Hanc regulã per omnia ex delicto actionũ genera probauimus, nec vlla reperta fuit actio, quæ obniteretur; ſola hæc lex ſolã condictionem furtiuam videtur excipere, ſi ex delicto eſt: ſin minùs: clara eſt & nulla difficultas. Non ſuffeciſſe hoc videtur Aduerſario: vult regulam facere ex vna *d. l. 9.* Quod reprehendimus jam ſæpiùs. Quanta iniquitas: pro nobis ſtant omnes leges cæteræ: omnes actiones cæteræ vult regulam ex iſta vna *l. 9.* fieri, quæ de vna actione loquitur, eaq; prorſus irregulari. Quid? hæc lex ſingularis eſt in vna actione. Generalis autem eſt *l. vnic. C. ex del. def.* de omnibus actionibus ex delicto. Ex generali hac lege nolunt, regula vt fiat: ex ſingulari iſta volunt. Si placet, audiamus rationem, qua *d. l. vnic.* poſtponere non dubitârint, *Sc. decad. err. 3* Reddant eam, quod *d. l. vnic.*

de ſolis pœnalibus actionibus loquatur, idq; probare exẽpla, *qui vim fecit, vel concuſſionẽ intulit*, ex quibus porro debeat explicari, quod ſequitur, *vel aliquid deliquit*, vt ſcilicet ad ſimilia referatur. Non vt de actionibus omnibus, quæ ex delicto naſcuntur, ſed de ijs ſolis, in quibus de ipſo delicto agitur, ac proinde quæ ad vindictam & pœnam pertinent, intelligatur. Hæc extant *D. 80. decad. err. 3.* nullamque habent certitudinem. Atrox violentiæ crimẽ eſt, ideoq; publico etiam judicio vt coërceatur, conſtitutum agnoſco. Sed enim cum vel interdicto, vel actione in factũ perſequimur violentum factum, non tam atrox vel interdictum, vel actio illa eſt, quàm actio furti. Ergo ſi actio illa in factũ non vltra detur aduerſus heredem, quàm peruenit *l. 1. in fin. l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* quantò minùs condictio hæc furtiua ſi ex delicto eſt. Quanto magis etiam falſum, agi tantùm de Actionibus merè pœnalibus *in d. l. vnic. C. Ex del. def.* Quod adſeritur ſine vllo fundamento. Actiones, in quibus agitur de mero delicto & nulla re, quæ abeſt, id eſt, quæ ad vindictẽ pertinent, ſunt actiones ex delicto merè pœnales. Atat hæ aduerſus heredem prorſus non dantur *vid. ſupr. libr. 1. c. 14. & 15.* nõ ergo vt tales actiones exprimi potuerint *in d. l. vnic. C. ex del. def.* ſed mixtæ tantùm, & merè rei perſecutoriæ *vid. ſupr. libr. 1. c. 15. & libr. 4. c. 3.* Quid? de actione aduerſus vim,

vim, concuſſionẽ, vel eũ, qui aliquid deliquit *d.l.vnic.* mixtæ ſunt actiones *de vi*, & concuſſio, ſi priuata actione vindicatur, nõ eſt crimẽ tantum, quantum furtum. Tum & actione *Quod metus cauſa* ſicuti vindicari poteſt, circunſtantijs ita ferentibus, ita & actione aliquãdo merè rei perſecutoria coërcetur. Tantum abeſt vt *d.l.* accipi poſſit dè merè actionibus quarum nullum exemplum refertur *in d. l. vnic.* Incipitur *in d. l.vnic. C. ex del. def.* ab exemplo actionis mixtæ *de vi*, ad exemplũ concuſſionis, ſeu tã miſtæ, quàm merè rei perſecutoriæ, prout fuerint circũſtantiæ, deinde ad tale exemplũ, in quo aliquid Reus deliquerit, qualis actio eſt, quæ ex delicto vtut ſit, merè tamen rei perſecutoria eſt. Aiunt *d. loc.* non obijci debere leges illas, quæ de actione Rerũ Amotarum, & de illa in factum actione loquuntur, quas jam dixerit propriã & ſeparatam habere naturam omnina differentem à cõdictione furtiua ne in ijs alioquin heredes conſtituantur ſucceſſores defuncti, quaſi res ea faceret, vt ijſdem etiam pœnis eos ſubijci oporteret. Quod non modo abſurdũ & iniquum eſſet verumetiã inhumanum. Atat hoc eſt, quod tam animosè adſerimus, nimirum non in ſolis actionibus ex delicto, quæ arbitrariæ, id obtinere, aut iniquum eſſe, ſed in omnibus actionibus ex delicto, ſiue arbitrariæ ſint ſiue non arbitrariæ, idem paſſim obſeruari.

ſeruari. Quandoquidē ſemper crimina morientium cum morientibus morirntur, & turpia lucra heredibus extorquēda tantùm ſint, non certè in plus vt æquum eſſet teneri eos ex delicto defuncti, quod non fecêre *vid. ſupr. hoc. libr. c. 3.* Quid ergo? concedere videtur & cedere Aduerſarius *92. decad. err. 8.* Sed excipiendas vult eſſe condictiones, ceu quarum nomen ipſum demonſtret eſſe illas æſtimandas non tam ex eo, quod ſit penes Reum, qui conuenitur, quā ex eo, quod actor amiſit. Atqui verū eſſe, ſolidum amiſiſſe illum, cui furtum factum eſt. Poſtquā igitur placuit heredē quoq; furis perinde ac furem teneri condictione furtiua, quamuis non ſit ipſe fur, ideoque nec furti actione teneatur, prorſus conſequēs eſſe, vt non minus contra furis heredem quā cōtra furem ipſum condictio furtiua in ſolidū detur. Aliter quā in actione Rerum amotarū, quæ ſcilicet non ſit condictio. Iam verò vt ad hoc reſpondeam, ecquid inde colligam primo loco, ſi non quod cōcedere eo ipſo videatur, ſtare regulam generalem: actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes nō in plus dari, quàm peruenerit. Aut cui bono vellet excipi condictiones ex delicto, aut poſſet excipere, vtut non vellet, ſi non regula in contrariū eſſet. Atqui inter condictiones in ſpecie ſumptas (actio enim Rerū amotarum non eſt cōdictio, niſi ſumpta in genere

l. 25.

l.25.& 26.de act.rer.amot.) nulla eſt ex delicto, ſi condictio furtiua ex alia cauſa detur, quam ex delicto *vid. ſupr.* Sin ex delicto detur, vna igitur eſt talis condictio, in qua mera cõſiſtat exceptio, nulla regula. Quis obſtat valde? obſtamus & pugnamus, ne regula, quæ eſt actiones ex delicto merè rei perſecutorias aduerſus heredes non dari, niſi in quantum peruenerit, deſinat eſſe regula, & exceptio, quã Aduerſarij ex nulla alia actione deſumunt, aut poſſunt deſumere, quàm ex vna condictione furtiua, fiat regula. Quamuis & admiremur valde, dum ad eam eos delabi rationem animaduertimus, ac ſi condictio furtiua propterea aduerſus heredem in ſolidũ detur, quòd non tam ex eò, quod penes Reus ſit, qui conuenitur, quàm ex eo, quod actor amiſit, æſtimetur. Quid? idem confingi & ſtatui poſſet ſolo actoris fauore in omnibus actionibus ex delicto, ac nominatim in actione Rerũ amotarum, vtpote quæ damnum actoris repræſentet clarè *l.21.§.3.de act.rer.amot.* Atqui fatentur ob hanc rationem aduerſus heredes in ſolidũ eam nõ dari. Tum etiam ratio illa (quæ actoris fauore ſolidum, quod amiſit, intuetur, non verò quid Reus habeat de amiſſo.) ex cerebro deprompta eſt, non ex lege, ſine qua non acquieſcimus, aut erubeſcimus, *vid. ſupr. hoc libr. c.3.* Legiſlatori autem quanto iuſtior cura eſt, ne heres & is Reus aut ſucceſſor conſtituatur

delicti,

delicti, quod nõ deliquit, aut ob commodũ actoris patiatur ſuo cũ incõmodo ſine cauſa juſta. Quid enim hæc ratio fecit, quia in omnibus actionibus ex delicto militet, vt tanta crux ſit facta *l.9.de cond.furt.* in qua tamen non extet, heredẽ qui ſolus eſt, condictione teneri in ſolidũ etſi nihil ad eum peruenerit. In quo totius huius quæſtionis cardo verſatur, ſed tantum in ea heredem qui ſolus eſt, non pro parte quæ peruenit ſed in ſolidũ teneri. Volunt quidem eam intelligi debere ac ſi heres qui ſolus eſt, nõ pro parte rei ablatæ, quæ peruenit ſed in ſolidum ablatum teneatur. Neq; mala fuerit explicatio, ſi cõdictio ex alia cauſa deſcendat quàm ex delicto veluti actio illa aduerſus magiſtratum in *l. 4.§.10.de damn. inf.* propter poſtulationẽ in judicio *d.l. 4. §.8.* ceu ex quaſi contractu cõtra heredes inſolidũ datur *d.§.10.* eadẽ ratione, qua actio illa ſubſidiaria ex cauſa tutelæ, cuius fit mentio *ſupr.c.3.in fin.* aut excipiatur, oportet, condictio. Atat illud admittere quibus religio, viderint an nõ de parte hereditatis Vlpianus videri poſſit locutus. Cum plures ſunt heredes decidit eos teneri pro ea parte, qua quiſque heres eſt in *d.l.9.* Sicuti hoc in loco ac quidem eadem in l. pars prædicatur de hereditate, ita quid ni in principio? vt ſit ſenſus: *in condictione furtiua nõ pro parte hereditatis, quæ peruenit, ſed in ſolidum nos teneri, ſi ſoli heredes ſumus.* Sententia, quam

aiunt

aiunt eſſe abſurdam & inſulſam *8. decad. err. 8.* Magnus tamen Donellus eâ vſus eſt, niſi fallor, in actione Rerùm Amotarum *ad l. vnic. C. Ex del. def.* Amabote, quare abſurda? ſcilicet, eoquod pars hereditatis ad eũ peruenire non poſſit, qui ſolus heres eſt. abſurdus profectò in verbo *hereditatis* luſus, quo quoniã & vſus ſit Gaſpar ſchifourdigerus, eò eatur *vid. Mercator. pro Cuiac. ad d. l. 9.* eo loco, quo hereditatem, quà ex rebus & corporibus conſiſtit monet ſeparari debere ab hereditate, quatenus juris nomẽ eſt. Illa hereditas ipſo actu peruenire poteſt, & per conſequẽs eius pars ſimiliter ipſo actu, ita vt apud alium, etiam qui cohæres nõ ſit, pars talis eſſe poſſit, etſi ſine jure, pars apud heredem ipſũm, eumque vnicũ, cui hereditatem vniuerſam petendi & conſequendi jus. Hæc altera hereditas juris intellectu conſtat, & ad heredem, qui ſolus eſt, non magis vniuerſa poteſt peruenire, quàm eius pars, & è contra. vin, vt demonſtrem, tũ etiam cætera illa quæ contra nos adferuntur *in d. 80. decad. err. 8.* quàm ab omni juris ratione abludant? vellem equidẽ, per publica & alia impedimẽta non licet. Accedit, quòd in *Horis meis furtiuis* cum aliter *d. l. 9. de Cond. furt.* explicare adhuc conſtituerim, quàm à me factu hactenus, etſi nullius erroris conſcio in iſta explicatione nupera *vid. Mercator. pro Cuiac.* commodiùs, quæ hîc non attigi, eo in loco pertra-

pertractandi ſutura ſit occaſio, & facultas. Moræ effectum in actionibus ex delicto ad perpetuandam actionem aduerſus heredem, cum & eo argumento vterentur *4. coniect. 1.* jam pridem negauimus, & imbrobauimus *vid. 1. Memb. 18. vid. Mercat. pro Cuiac.* Argumentum, quod reliquêre, quoniam in *Chiliade* nihil ea de re repoſuêre. Vltimum eorum, confugium *ad l. 35. de Obligat. & Action.* ademptum ſatis *ſupr. libr. 1. cap. 10. cap. 12. & 13.* Ergo quid reſtat? nihil aliud, quam vt cõcludamus actiones ex delicto mixtas & merè rei perſecutorias omnes, aduerſus heredem dari, non in plus quàm peruenit *l. vnic. C. ex del. fel.* neq; hac in re vllius adhuc erroris nos conſcios eſſe. Actio de dolo merè rei perſecutoria eſt vi ſua, pœnæ nomine introducta, eoq; ſenſu pœnalis *vid. ſupr. libr. 1. c. 17. in fin.* non tam propter juſiurandum in litem, quod excidit *ſupr. c. 8.* Sine dolo incepi, quod hîc ſcripſi, cum zelo perfeci, ſine mendacio finio.

SOLI DEO SIT GLORIA.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE